MAURO CAPPELLETTI
BRYANT GARTH

ACESSO À JUSTIÇA

TRADUÇÃO E REVISÃO
ELLEN GRACIE NORTHFLEET

MAURO CAPPELLETTI
Doutor em Direito (Universidade de Florença, Itália)
Prof. da Universidade de Standford (Estados Unidos)
Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do
Instituto Universitário Europeu (Florença, Itália)

BRYANT GARTH
Doutor em Direito (Universidade de Standford, USA)
Professor de Direito na Universidade de Bloomington.

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre /1988

Reimpresso / 2002

INTRODUÇÃO

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica — a luta pelo "acesso à Justiça". É essa luta, tal como se reflete nos modernos sistemas jurídicos, que constitui o ponto focal deste Relatório Geral e do projeto comparativo de Acesso à Justiça que o produziu.

A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema_pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litigios sob os auspicios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas,pressupõe o acesso efetivo.

Nossa tarefa, neste Relatório será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Essa abordagem, como se verá, vai muito além das anteriores. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabiidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos — e não meramente simbólicos — os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça. Com efeito, os reformadores já têm avançado muito com essa orientação. Suas realizações, idéias e propostas básicas, bem como os riscos e limitações desse ousado mas necessário método de reforma serão discutidos neste Relatório.

I

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO TEÓRICO DE ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialinente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um "direito natural", os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção (1). Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

Afastar a "pobreza no sentido legal" — a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens; no sistema do "laissez faire" só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram condenados responsáveis por sua sorte o acesso formal, mas não efetivo justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material.

Mesmo recentemente, com raras exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário: "Fatores como diferenças entre os litigantes em potencial no acesso à disponibilidade de recursos para litigar, não eram sequer percebidos como problemas': (2). O estudo era tipicamenmente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era freqüentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar as normas de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.

À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas "dedarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (3). Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados (4). Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação (5). Tornou-se lugar comum observar que a atuaç6o positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (6). Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as

reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos (7). De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (8). O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O enfoque sobre o acesso — o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos — também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais (9), que as cortes não são a unica forma de solução de conflitos a ser considerada (10) e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva — com que freqüência ela é executada, em beneficio de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

II

O SIGNIFICADO DE UM DIREITO AO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA: OS OBSTÁCULOS A SEREM TRANSPOSTOS

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” — a garantia de que a condução final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.

A — CUSTAS JUDICIAIS

1—Em Geral

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas (11). Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o “Sistema Americano”, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência (12). Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo — ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior — ele pagará os custos de ambas as partes. Além disso, em alguns países, como a Grã-Bretanha, o demandante muitas vezes não pode sequer estimar o tamanho do risco — quanto lhe custará perder — uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito (13). Finalmente, os autores nesses países precisam às vezes segurar o juízo no que respeita às despesas do necesário, antes de propor a ação. Por essas razões, pode-se indagar se a regra da sucumbência não erige barreiras de custo pelo menos tão substanciais, quanto as criadas pelo sistema americano (14). De qualquer forma, torna-se daro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça.

A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. Nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, o custo por hora dos advogados varia entre 25 e 300 dólares e o custo de determinado serviço pode exceder ao custo honorário (15). Em outros países, os honorários podem ser calculados conforme critérios que os tornem mais razoáveis, mas nossos dados mostram que eles representam a esmagadora proporção dos altos custos do litígio, em países onde os advogados são particulares (16). Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.

2- Pequenas Causas

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciários formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade (17). Os dados reunidos pelo Projeto de Florença mostram claramente que a relação entre os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que se reduz o valor da causa (18). Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instáncia, enquanto os custos de uma ação de US$ 5.000, envolvendo duas instáncias, seriam de aproximadamente US$ 4.200— ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa (19). Nem é preciso multiplicar os exemplos nessa área; é evidente que o problema das pequenas causas exige especial atenção (20).

3 — Tempo

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exeqüível (21). Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 69, parágrafo 19 que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável.

B — POSSIBILIDADES DAS PARTES

As “possibilidades das partes” como ficou demonstrado por uma recente linha de pesquisa, de crescente importância, é ponto central quando se cogita da denegação ou da garantia de acesso efetivo. Essa expressão, utilizada pelo Prof. Marc Galanter, repousa na “noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas” (23). Devemos reconhecer que o estudo das vantagens e desvantagens estratégicas está apenas começando e é difícil avaliá-las com precisão. No

entanto, podemos não só isolar algumas das vantagens e desvantagens básicas para determinados litigantes, senão também, aventurar algumas hipóteses com base em pesquisas sociológicas recentes e altamente sugestivas.

1 — Recursos Financeiros

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa dentro de "um prazo razoável" (22) é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

2 — Aptidão para Reconhecer um Direito e propor urna Ação ou Sua Defesa

A "capacidade jurídica" pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem — ou, ao menos, não conseguem — superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos (25). Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. Observou recentemente o professor Leon Mayhew: "Existe um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem compreendidos pelos membros da população, enquanto outros são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebidos" (26). Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.

Ademais, as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda. O principal estudo empírico inglês,a respeito desse assunto concluiu:

> "Na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los" (27).

Um estudo realizado em Quebeque definiu de forma semelhante que "Le besoin d'information est primordial et prioritaire" (A necessidade de informação é primordial e prioritária) (28). Essa falta de

conhecimento por sua vez, relaciona-se com uma terceira barreira importante — a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. O estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que "até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado" (29). Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.

Todos esses obstáculos, é preciso que se diga, têm importância maior ou menor, dependendo do tipo de pessoas, instituições e demandas envolvidas (30). Ainda que as tenhamos relacionado à "capacitação pessoal", é temerário personalizá-las excessivamente. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera (31). É difícil "mobilizar" (32) as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-radicionais.

3 — Litigantes "eventuais" e litigantes "habituais"

O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes "eventuais" e "habituais", baseado na freqüência de encontros com o sistema judicial (33). Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos "habituais", de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos (34). Ha menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com freqüência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema.

Essa desigualdade relativamente ao acesso pode ser atacada com maior eficiénca, segundo Galanter, se os indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar. Alguns dos problemas encontrados na implementação dessa estratégia serão abordados a seguir.

C — PROBLEMAS ESPECIAIS DOS INTERESSES DIFUSOS

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam — a razão de sua natureza difusa — é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. A recente manifestação do professor Roger Perrot sobre os consumidores descreve com agudeza o problema dos interesses difusos: “Le consomrnateur, c’est toutet c’est rien” (O consumidor é tudo e não é nada) (35).

Um exemplo simples pode mostrar por que essa situação cria especiais barreiras ao acesso (36). Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira séria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas — ou nenhuma — terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada. Presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimação ativa (o que é freqüentemente um problema), eles estão em posição análoga do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é anti-econômica. Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Conseqüentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta. A conexão de processos é, portanto, desejável — muitas vezes, mesmo, necessária — não apenas do ponto de vista de Galanter, senão também do ponto de vista da reivindicação eficiente dos direitos difusos.

Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. Esse problema é mais exacerbado pelo, assim chamado, “livre-atirador” — uma pessoa que não contribui para a demanda, mas não pode ser excluída de seus benefícios: por exemplo, a suspensão das obras da barragem (37). Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.

Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos (38). É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental.

D — AS BARREIRAS AO ACESSO: UMA CONCLUSÃO PRELIMINAR E UM FATOR COMPLICADOR

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reinvindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações. Os novos direitos substantivos, que são característicos do moderno Estado de bem estar-social, no entanto, têm precisamente esses contornos: por um lado, envolvem esforços para apoiar os cidadãos contra os governos, os consumidores contra os comerciantes, o povo contra os poluidores, os locatários contra os locadores, os operários contra os patrões (e os sindicatos); por outro lado, o interesse econômico de qualquer indivíduo — como ator ou réu — será provavelmente pequeno. É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes — para todas as sociedades modernas — em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que haja vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos — ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer — coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo. Esse problema será um ponto principal deste relatório e das reformas que ele discutirá.

Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxilio que lhes pode ser essencial para que sejam bem sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.

III

AS SOLUÇÕES PRÁTICAS PARA OS PROBLEMAS DE ACESSO À JUSTIÇA

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica (39). Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira "onda" desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso a justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

A — A PRIMEIRA ONDA: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA OS POBRES

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres (40). Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. Até muito recentemente, no entanto, os esquemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares, sem contraprestação (munus honorificum) (41). O direito ao acesso foi, assim, reconhecido e se lhe deu algum suporte, mas o Estado não adotou qualquer atitude positiva para garanti-lo. De forma previsível, o resultado é que tais sistemas de assistência judiciária eram ineficientes (42). Em economias de mercado, os advogados, particularmente os mais experientes e altamente competentes, tendem mais a devotar seu tempo a trabalho remunerado que à assistência judiciária gratuita. Ademais, para evitarem incorrer em excessos de caridade, os adeptos do programa geralmente fixaram estritos limites de habilitação para quem desejasse gozar do benefício.

As falhas desses programas tornaram-se sempre mais evidentes. Foram introduzidas reformas relativamente cedo na Alemanha e Inglaterra, em ambos os casos sob regimes social-democratas ou trabalhistas. Em 1919-1923, a Alemanha deu início a um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que a pleiteassem (43). Na Inglaterra, a principal reforma começou com o estatuto de 1949, criando Legal Aid and Advice Scherne, que foi confiado à Law Society, associação nacional dos advogados (44). Esse esquema reconhecia a importância de não somente compensar os advogados particulares pelo aconselhamento ("aconselhamento jurídico") senão ainda, pela assistência nos processos ("assistência judiciária"). Essas

tentativas eram limitadas de diversas maneiras, mas começaram o movimento para superar os anacrônicos semicarit ativos programas, típicos do jáistez-faire.

A mais dramática reforma da assistência judiciária teve lugar nos últimos 12 anos. A consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável (45).

A reforma começou em 1965 nos Estados Unidos, com o Office of Economic Opportunity (OEO) (46) e continuou através do mundo no início da década de 70. Emjaneiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século dezenove, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de "securité .çociale", no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado (47). Em maio de 1972, o novo e inovador programa da Suécia tornou-se lei (48). Dois meses mais tarde, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou grandemente o alcance do sistema implantado em 1949, especialmente na área de aconselhamento jurídico (49), e a Província Canadense de Quebeque estabeleceu seu primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo (50). Em outubro de 1972, a República Federal da Alemanha aperfeiçoou seu sistema, aumentando a remuneração paga aos advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres (51). E em julho de 1974, foi estabelecida nos Estados Unidos a longamente esperada Legal Services Corporation — um esforço para preservar e ampliar os progressos do programa do OEO, já agora dissolvido (52). Também durante esse período, tanto a Áustria (53) quanto a Holanda (54) reviram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente. Houve várias reformas na Austrália (55); e a Itália quase chegou a mudar seu sistema anacrônico, que era semelhante ao esquema francês anterior a 1972 (56).

Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer e, como veremos, excedeu até mesmo as categorias da reforma da assistência judiciária. Antes de explorar outras dimensões do movimento — e sem dúvida para ajudar a esclarecer a lógica dessas dimensões ulteriores — precisamos acompanhar as principais realizações, assim como os limites dessa primeira grande onda de reforma.

1 — O Sistema Judicare

A maior realização das reformas na assistência judiciária na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental foi o apoio ao denominado sistema judicare. Trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema judicare é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado. O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota de honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem a recebe.

No moderno programa britânico, por exemplo, um requerente, verificada a viabilidade financeira e de mérito de sua causa, pode escolher seu advogado em uma lista de profissionais que concordaram

prestar esses serviços (57). A lista é extensa, uma vez que a remuneração para a assistência dada pelo advogado é suficiente para atrair quase todos os profissionais. É muitas vezes necessária assistência jurídica para demonstrar a própria qualificação formal com vistas a obter a assistência judiciária. Por isso, a reforma de 1972 possibilita que o requerente utilize até o limite de 25 libras esterlinas, em serviços jurídicos, sem necessitar de qualquer autorização formal (59). Tais serviços podem incluir o encaminhamento do pedido de assistência judiciária. Dessa maneira, o sistema vai longe para prover aos pobres os recursos financeiros necessários à obtenção de um advogado. Embora tenha sido criticado porque suas exigências são muito restritivas e porque ele não provê assistência para processos a serem realizados perante a maioria dos tribunais especiais — onde, na realidade, muitos dos "novos direitos" devem ser pleiteados (60) — seus resultados foram impressionantes: ao longo dos anos a assistência tem sido proporcionada a um número sempre crescente de pessoas (61).

O sistema francês, tal como introduzido em 1972 e modificado por decretos de 1974 e 1975, também avança no sentido de um eficiente sistema judicare (62). Um detalhe particularmente importante do sistema francês, desde 1972, é que ele foi idealizado para alcançar não apenas os pobres, mas também algumas pessoas acima do nível de pobreza. Níveis de auxilio decrescentes estão agora disponíveis para pessoas com rendimentos mensais de até 2.950 francos (cerca de US$ 640) e com uma família de quatro membros (63). Além disso, desde 1972, a assistência judiciária pode ser deferida para um caso particularmente importante, independentemente dos rendimentos do litigante (64).

O principal problema do sistema francês é que, apesar do aumento de 1/3 no pagamento dos advogados, verificado em 1974, os valores ainda são inadequados (65). Apesar disso, a França oferece, agora, um modelo importante de moderno sistema de assistência judiciária.

A despeito das realizações importantes dos esquemas de assistência judiciária, tais como os da Inglaterra e da França, o próprio sistema de assistência judiciária tem enfrentado muitas críticas. Tem-se tornado lugar comum observar que a tentativa de tratar as pessoas pobres como clientes regulares cria dificuldades. O judicare desfaz a barreira de custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e procurar auxílio (66); não encoraja, nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que se podem valer de remédios jurídicos. É, sem dúvida, altamente sugestivo que os pobres tendam a utilizar o sistema judicare principalmente para problemas que lhes são familiares — matéria criminal ou de família — em vez de reivindicar seus novos direitos como consumidores, inquilinos, etc. (67). Ademais, mesmo que reconheçam sua pretensão, as pessoas pobres podem sentir-se intimidadas em reivindicá-la pela perspectiva de comparecerem a um escritório de advocacia e discuti-la com um advogado particular. Sem dúvida, em sociedades em que os ricos e os pobres vivem separados, pode haver barreiras tanto geográficas quanto culturais entre os poMes e o advogado. Ademais, é evidente que a representação através de profissionais particulares não enfrenta as desvantagens de uma pessoa pobre frente a litigantes organizacionais. Mais importante, o judicare trata os pobres como indivíduos, negligenciando sua situação como classe. Nem o sistema inglês, francês ou alemão, oferece, por exemplo, auxílio para "casos-teste" (68) ou ações coletivas em favor dos pobres, a menos que elas possam ser justificadas pelo interesse de cada indivíduo. Dado que os pobres encontram

muitos problemas jurídicos como grupo, ou classe e que os interesses de cada indivíduo podem ser muito pequenos para justificar uma ação, remédios meramente individuais são inadequados.

Os sistemas judicare, entretanto, não estão aparelhados para transcender os remédios individuais.

2 — O Advogado Remunerado Pelos Cofres Públicos

O modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos tem um objetivo diverso do sistema judicare, o que reflete sua origem moderna no Programa de Serviços Jurídicos do Office of Economic Opportunity, de 1965 — a vanguarda de uma "guerra contra a pobreza" (69). Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por "escritórios de vizinhança" (70), atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Como observou um comentarista: "O objetivo era utilizar o dinheiro dos contribuintes de modo a obter a melhor relação custo-benefício" (71). É claro que esse objetivo não excluía o auxilio a indivíduos pobres para defender seus direitos. Contrariamente aos sistemas judicure existentes, no entanto, esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para ajudar a obtê-los. Ademais, os escritórios eram pequenos e localizados nas comunidades pobres, de modo a facilitar o contato e minimizar as barreiras de classe. Os advogados deveriam ser instruídos diretamente no conhecimento dessas barreiras, de modo a enfrentá-las com maior eficiência. Finalmente, e talvez mais importante, os advogados tentavam ampliar os direitos dos pobres, enquanto classe, através de casos-teste, do exercício de atividades de lobby, e de outras atividades tendentes a obter reformas da legislação, em benefício dos pobres, dentro de um enfoque de classe. Na verdade, os advogados freqüentemente auxiliavam os pobres a reivindicar seus direitos, de maneira mais eficiente, tanto dentro quanto fora dos tribunais.

As vantagens dessa sistemática sobre a do judicare são óbvias. Ela ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Ademais, ela pode apoiar os interesses difusos ou de classe das pessoas pobres. Esses escritórios, que reúnem advogados numa equipe, podem assegurar-se as vantagens dos litigantes organizacionais, adquirindo conhecimento e experiência dos problemas típicos dos pobres. Advogados particulares, encarregados apenas de atender a indivíduos geralmente não são capazes de assegurar essas vantagens. Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema judicare, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe.

As desvantagens ou limites do sistema das equipes de advogados provêm de sua grande agressividade e capacidade de criar tais advogados. É evidente, em primeiro lugar, que a maior repercussão e melhor resultado aparente dos casos-teste e das iniciativas de reformas legais, podem na prática levar o advogado de equipe a negligenciar os interesses de clientes particulares. Sem dúvida, os advogados de equipe precisam diariamente decidir como alocar melhor seus recursos limitados entre casos importantes apenas para alguns indivíduos, e casos importantes numa perspectiva social. É possível que os indivíduos sejam ignorados ou recebam uma ajuda de segunda classe. Em segundo lugar, muitas

pessoas entendem, com alguma razão que um advogado, ao colocar-se na posição de advogado dos pobres e, de fato, ao tratar os pobres como se fossem incapazes de perseguir seus próprios interesses, é muito paternalista. Tratem-se os pobres, dizem elas, simplesmente como indivíduos comuns, com menos dinheiro.

Provavelmente, um problema ainda mais sério desse sistema é que ele necessariamente depende de apoio governamental para atividades de natureza política, tantas vezes diigidas contra o próprio governo. Essa dependência pressupõe que uma sociedade tenha decidido que qualquer iniciativa jurídica para ajudar os pobres é desejável, mesmo que signifique um desafio à ação governamental e às ações dos grupos dominantes na sociedade. Os Estados Unidos, por exemplo, parecem ter-se decidido a erradicar a pobreza, mas, na realidade, os advogados da assistência judiciária americana, ao contrário dos advogados particulares na Inglaterra, França e Alemanha, têm estado sob ataques políticos constantes (72). Apenas recentemente, depois de uma disputa legislativa muito difícil, envolvendo um veto presidencial, é que a Legal Services Corporation tornou-se independente de influência governamental direta. Mas a nova lei contém muitas regras que tendem a proibir ou limitar a atividade de reforma jurídica por parte dos advogados do serviço (73). À luz dessa história recente, nos Estados Unidos, não é de surpreender que a atividade agressiva em favor dos pobres através de serviços públicos, em outros países, seja extremamente difícil (74). Embora esse sistema possa romper muitas barreiras ao acesso, ele está longe de ser perfeito.

A solução de manter equipes de advogados assalariados, se não for combinada com outras soluções, é também limitada em sua utilidade pelo fato de que — ao contrário do sistema judicare, o qual utiliza a advocacia privada — ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito. Para sermos realistas, não é possível manter advogados em número suficiente para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os pobres com problemas jurídicos. Por outro lado, e não menos importante, é o fato de que não pode haver advogados suficientes para estender a assistência judiciária à classe média, um desenvolvimento que é um traço distintivo fundamental da maior parte dos sistemas judicare.

3 — Modelos Combinados

Alguns países escolheram, recentemente, combinar os dois principais modelos de sistemas de assistência jurídica, depois de terem reconhecido as limitações que existem em cada um deles e que ambos podem, na verdade, ser complementares. A Suécia (75) e a Província Canadense de Quebeque (76) foram as primeiras a oferecer a escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares, embora seja preciso mencionar que os programas têm ênfases diversas. O sistema sueco inclina-se mais para o modo de operação do judicare, uma vez que os advogados públicos devem manter-se, essencialmente, através dos honorários pagos pelo Estado em benefício dos indivíduos assistidos, enquanto em Quebeque os escritórios de advocacia são mantidos diretamente pelo governo sem que se leve em conta quão bem sucedidos eles sejam na competição com sociedades de advogados particulares. Em Quebeque, conseqüentemente, os escritórios públicos podem ter menos tendência a privilegiar apenas disputas individuais e, mais provavelmente, poderão mobilizar os pobres e advogar por eles, como grupo. O ponto importante, no entanto, é que a possibilidade de escolha em ambos os

programas abriu uma nova dimensão. Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobres como grupo, podem ser beneficiados.

Reconhecendo essas vantagens, os reformadores de muitos países, incluindo a Austrália (77), a Holanda (78) e a Grã-Bretanha (79) auxiliaram a implementar sistemas nos quais centros de atendimento jurídico suplementam os esquemas estabelecidos de judicare. São particularmente notáveis, por sua crescente importância, os “centros de atendimento jurídico de vizinhança”, da Inglaterra. Esses centros estão localizados em áreas pobres, sobretudo ao redor de Londres. Seus solicitors assalariados (e alguns Barristers) realizam muitas das tarefas desempenhadas pelos advogados de equipe nos Estados Unidos. Eles têm, cada vez mais, procurado tratar os problemas trazidos até eles não apenas como assuntos individuais, mas também como questões da comunidade. O trabalho deles, não obstante alguma hesitação inicial por parte da Law Society, tornou-se reconhecido como “um ramo essencial integrante dos serviçosjurídicos” (80).

Também a Suécia foi pioneira em algumas inovações. Em primeiro lugar, ela vai bastante além dos outros países, inclusive da França, na extensão da assistência judiciária às classes médias. Até meados de 1977, uma pessoa com rendimentos de até 80.000 coroas suecas por ano (cerca de USS 17.400) estava apta a receber auxílio jurídico subsidiado (81). Esse valor é automaticamente reajustado consoante o custo de vida. Ademais, a combinação de previdência privada e assistência judiciária, que é atualmente disponível na Suécia, preencheu a principal lacuna que existe na maior parte dos outros sistemas europeus. Praticamente em todos os ordenamentos onde prevalece o sistema da sucumbência, a assistência judiciária não assume o compromisso de reembolsar o vencedor não assistido, mesmo que o sucumbente seja muito pobre. Dessa forma, incapaz de recuperar seus custos, o adversário do litigante pobre pode ficar sujeito a considerável ônus financeiro (82). Na Suécia, no entanto, cerca de 85% da população tem seguros que cobrem, entre outros, a maior parte dos ônus pela derrota numa ação (83). Assim, o adversário pode, facilmente, recuperar sius custos, mesmo em se tratando de um adversário pobre, se este é segurado. Obviamente, essa solução tem importantes implicações para o acesso à justiça na Suécia; na verdade, ela representa um passo além da simples assistência judiciária (84).

4 — A Assistência Judiciária: Possibilidades e Limitações

Medidas muito importantes foram adotadas nos últimos anos para melhorar os sistemas de assistência judiciária. Como conseqüência, as barreiras ao acesso à Justiça começaram a ceder. Os pobres estão obtendo assistência judiciária em números cada vez maiores, não apenas para causas de família ou defesa criminal, mas também para reivindicar seus direitos novos, não tradicionais, seja como autores ou como réus. É de esperar que as atuais experiências sirvam para eliminar essas barreiras.

A assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja um grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento.

Em segundo lugar, mesmo presumindo que haja advogados em número suficiente, no país, é preciso que eles se tornem disponíveis para auxiliar aqueles que não podem pagar por seus serviços. Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal. Para obter os serviços de um profissional altamente treinado, é preciso pagar caro, sejam os honorários atendidos pelo cliente ou pelo Estado. Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos. Tendo em vista o alto custo dos advogados, não é surpreendente que até agora muito poucas sociedades tenham sequer tentado alcançar a meta de prover um profissional para todas as pessoas para quem essa despesa represente um peso econômico excessivo (85). A Suécia, onde os índices de pobreza são mínimos, e que tem, talvez, o sistema de assistência judiciária mais dispendioso do mundo, foi considerada, por um observador, como o único país que realmente logrou oferecer assistência judiciária a qualquer pessoa que não possa enfrentar os custos dos serviços jurídicos (86).

Em terceiro lugar, a assistência judiciária não pode, mesmo quando perfeita, solucionar o problema das pequenas causas individuais. Isso não é de surpreender, pois mesmo aqueles que estão habilitados a pagar pelos serviços de um advogado, muitas vezes não podem, economicamente, propor (e, arriscar perder) uma pequena causa. Logo, os advogados pagos pelo governo também não se dão ao luxo de levar adiante esses casos (87). Uma vez mais, o problema das pequenas causas exige atenção especial.

Finalmente, o modelo de advogados de equipe dirige-se à necessidade de reivindicar os interesses difusos dos pobres, enquanto classe, ao passo que outros imnportantes interesses difusos, tais como os dos consumidores ou dos defensores do meio ambiente continuam sendo ignorados. O reconhecimento desse fato tornou-se a base da segunda importante onda de reformas, que analisaremos a seguir.

B - A SEGUNDA ONDA: REPRESENTAÇÃO DOS INTERESSES DIFUSOS

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres. Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforma é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande qüinqüênio de preocupações e providências na área da assistência jurídica (1965-1970).

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está-se desenvolvendo dentro do processo civil. Vamos examiná-la brevemente antes de descrever com mais detalhes as principais soluções que emergiram (88).

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

As reformas discutidas a seguir são a prova e os resultados das rápidas mudanças que caracterizaram essa fase (89). Verifica-se um grande movimento mundial em direção ao que o Professor Chayes denominou litígios de "direito público" em virtude de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvem grandes grupos de pessoas (90). Em primeiro lugar, com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos (91).

Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a "citação" e o "direito de ser ouvido". Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo — por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região — é preciso que haja um "representante adequado" para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam "citados" individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da class action, abordada a seguir, permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil (92). A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos "direitos públicos" relativos a interesses difusos (93).

1 — A Ação Governamental

Embora seja ainda o principal método para representação dos interesses difusos, — especialmente por causa da relutância tradicional em dar-se legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses — a "ação governamental" não tem sido muito bem sucedida (94). A triste constatação é que, tanto em países de common law, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, induindo o Staatsanwalt alemão e a ?Proleuratura? soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos. Eles são amiúde sujeitos a pressão política — uma grande fraqueza, se considerarmos que os interesses difusos, freqüentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais.

A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. Embora haja sinais de que os procuradores gerais nos países de common law, ou pelo menos nos Estados Unidos, estejam assumindo papel mais importante na proteção dos interesses difusos, também eles têm sido incapazes de desempenhar a tarefa sozinhos (95); isso porque, mais ainda que o Ministério Público dos países de sistema continental, o attorney general (procurador-geral) é um funcionário político. Essa condição, se, de um lado, pode inspirá-lo, pode, também, inibi-lo de adotar a posição independente de um "advogado do povo" contra componentes poderosos do establishment ou contra o próprio Estado.

Outras soluções governamentais para o problema — de modo especial, a criação de certas agências públicas regulamentadoras altamente especializadas, para garantir certos direitos do público ou ottros interesses difusos — são muito importantes, mas, também, limitadas. A história recente demonstra que, por uma série de razões, elas têm deficiências aparentemente inevitáveis (96). Os departamentos oficiais inclinam-se a atender mais facilmente a interesses organizados, com ênfase nos resultados das suas decisões, e esses interesses tendem a ser predominantemente os mesmos interesses das entidades que o órgão deveria controlar. Por outro lado, os interesses difusos, tais como os dos consumidores e preservacionistas, tendem, por motivos já mencionados, a não ser organizados em grupos de pressão capazes de influenciar essas agências (97).

Apesar da história desconfortável dessas soluções, a procura de um mecanismo governamental efetivo ainda continua, e novas instituições foram criadas com perspectivas de remediar muitos dos males do passado. Um exemplo recente e importante dessa tentativa nos Estados Unidos é a nova instituição do "advogado público" (98). A experiência pioneira, que começou em 1974, é o Departamento do Advogado Público de Nova Jérsei, que tem a ampla missão de "representar o interesse público em quaisquer procedimentos administrativos e judidiais, com o objetivo de servir ao interesse público da melhor maneira possível" (99). Uma proposta muito interessante parareforma similar em Wisconsin, analisada em maior detalhe a seguir, revela a base teórica dessas reformas:

> "Há um desequilíbrio na advocacia, que em muitos casos só pode ser corrigido por advogados pagos pelo governo, para defender os interesses não representados dos consumidores, do meio ambiente, dos idosos e de outros interesses não organizados. É preciso que um 'advogado público' fale por esses interesses se pretendermos que eles sejam ouvidos" (100).

A finalidade básica é, conseqüentemente, fazer com que o departamento governamental represente os interesses que, até agora, tem sido descuidados, ou seja, os interesses difusos.

O Ombudsman do Consumidor (101), na Suécia, que atualmente tem análogos em outros países (102), é outro exemplo de instituição explicitamente criada para representar os interesses coletivos e fragmentados dos consumidores. Essa instituição, criada em 1970, pode iniciar processo no "Tribunal do Mercado" para impedir práticas inadequadas de propaganda e publicidade. Além disso, o Ombudsman do Consumidor, que também atua em nome dos consumidores, enquanto desse, negocia cláusulas de contratos-padrão, com a comunidade empresarial sueca. Os particulares não poderiam desenvolver tais tarefas com sucesso, pois não teriam nem as condições econômicas, nem o poder de barganha necessários.

Conforme se assinalou acima, no entanto, a solução governamental parece ter limitações inerentes, mesmo quando funcione do melhor modo possível (103). É preciso acrescentar a energia e o zelo particulares à máquina burocrática, a qual, muito amiúde, torna-se lenta, inflexível e passiva na execução de suas tarefas.

2 — A Técnica do Procurador-Geral Privado

Permitir a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos é, por si só, uma grande reforma (104).Mesmo que subsistam, por uma ou outra razão, as barreiras à legitimação de grupos ou classes, trata-se de um importante primeiro passo permitir que um "procurador-geral privado" (105) ou "demandantes ideológicos" (106) suplementem a ação do governo. Uma típica reforma moderna nesse sentido é a admissão de ações propostas por cidadãos para impugnar e paralisar determinada ação de governo. Grupos podem financiar essas ações individuais, como casos-teste. Existe grande número de exemplos dessas reformas no campo da proteção ambiental, tais como a admissão de ações privadas nos Estados Unidos para fazer valer o Clean Air Act (Lei Antipoluição Atmosférica), de 1970 (107). A lei italiana de 1967, que permite que qualquer pessoa acione as autoridades municipais por concessão irregular de permissões para construção, é um exemplo semelhante (108). O mesmo tipo de solução é adotado no Estado alemão da Bavária, onde uma Popularlelage (ação popular) pode ser intentada por qualquer pessoa perante a Corte Constitucional Bávara, contra legislação estadual considerada atentatória da Declaração de Direitos contida na Constituição Bávara de 1946 (109).

3 — A Técnica do Advogado Particular do Interesse Público

a) Um primeiro passo da reforma: o reconhecimento de grupos.

Mais requintada reforma é a solução conhecida como "Organizational Private Attorney General" (Procurador-Geral Organizacional Privado), que reconhece a necessidade de permitir ações coletivas no interesse público. (110) Uma vez que os grupos organizados para a defesa dos interesses difusos podem, eles mesmos, ser fontes de abusos, mecanismos de controle público (governamental) também têm sido desenvolvidos.

A França apresenta vários exemplos típicos. Reconhecendo a tibieza usual do Ministério Público na proteção dos novos interesses do público em geral ou de grupos, a França recentemente editou reformas de grande significação. O provimento de 27 de dezembro de 1973, comumente conhecido como a lei Royer, atribuiu legitimação ativa às associações de consumidores quando haja "fatos direta ou indiretamente prejudiciais ao interesse coletivo dos consumidores" (111). Ademais, essa lei criou uma série de controles para assegurar que as associações habilitadas a acionar representem adequadamente o interesse coletivo dos consumidores. Tais controles foram, em parte, confiados ao próprio Ministério Público. A França também adotou recentemente solução muito semelhante para a proteção das minorias raciais (113) e, por último, uma lei de 10 de julho de 1976 trouxe disposições análogas com respeito à proteção do meio ambiente (114). É pacífico, atualmente, que os grupos representativos podem demandar direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado eficientemente.

De maneira semelhante, a instituição sueca do Ombudsman do Consumidor, acima mencionada, não tem exclusividade para intentar procedimentos perante o Tribunal Comercial (115). Também as associações de consumidores têm legitimidade ativa para tais casos. Assim, mesmo o Ombudsman do Consumidor pode ter sua ação suplementada e provocada por grupos particulares, agindo na defesa do interesse público.

Mais recentemente, na República Federal da Alemanha, a Lei sobre Contratos-Padrão, vigente a partir de 19 de abril de 1977, garantiu às associações de consumidores legitimidade ativa para intentar ações que objetivem declarar a ilegalidade de determinadas cláusulas contratuais (116). Uma vez publicada a declaração, os consumidores individuais podem usar a decisão para invalidar cláusulas de contratos por eles celebrados.

Outro método interessante de permitir que grupos privados representem o interessse público é a "relator action" (ação delegada), usada nos países de "common law", especialmente na Austrália e Grã-Bretanha (117). A ação delegada é intentada por uma parte que normalmente não teria legitimidade para a causa, mas que obtém a permissão, ou "fiat", do procurador-geral para tanto. Essa ação pode ser utilizada tanto por indivíduos quanto por grupos, mas, por motivos óbvios — especialmente custos — os grupos parecem ter sido mais ativos na utilização desse mecanismo para fazer valer os interesses difusos. Uma vez iniciada, a ação delegada prosssegue sob a supervisão e controle (mais teóricos que reais) do procurador-geral. Ela é atualmente uma instituição importante, embora sua significação tenda a diminuir na medida em que as restrições à legitimidade sejam eliminadas em áreas como a da defesa do consumidor e a da proteção ambiental.

b) Um segundo nível de reforma: além dos grupos existentes.

As reformas há pouco mencionadas avançam muito no sentido de reconhecer o papel importante, e até mesmo essencial, dos grupos privados, ao suplementarem, catalizarem, e mesmo substituirem as ações das agendas governamentais. Elas, no entanto, ainda não enfocam o problema de organizar e fortalecer grupos privados para a defesa de interesses difusos.

Enquanto alguns interesses, tais como os trabalhistas, são geralmente bem organizados, outros, como os dos consumidores e dos preservacionistas, não são. As barreiras apontadas acima (118), muito freqüentemente não foram ultrapassadas. Na melhor das hipóteses, é necessário muito dinheiro e esforço para criar uma organização de porte suficiente, recursos econômicos e especialização para representar adequadamente um interesse difuso (119). Na Suécia, por exemplo, poucas organizações de consumidores tomaram partido das oportunidades que lhes são oferecidas para intentar ações (120). Ademais, as empresas contra as quais as demandas devem ser dirigidas são organizações pujantes, que não apenas têm reservas financeiras substanciais em disponibilidade, mas também, como já vimos, apresentam outras características que as tornam adversários especialmente temíveis (121). É preciso encontrar soluções que facilitem a criação de eficientes procuradores-gerais organizacionais. Isso não é tarefa simples. Vamos concentrar nossa atenção nos avanços verificados nos Estados Unidos, uma vez que, por diversos motivos, as mudanças lá parecem estar mais adiantadas (122).

i) As ações coletivas, as ações de interesse público e as sociedades de advogados que se ocupam delas. As características das "class actions" e das ações de interessse público, com suas limitações e potencialidades tanto dentro quanto fora dos Estados Unidos, serão discutidas com maiores detalhes

adiante (123), mas alguns traços particulares serão enfatizados aqui. Primeiro, a "class action" permitindo que um litigante represente toda uma classe de pessoas, numa determinada demanda, evita os custos de criar uma organização permanente. Economia de escala através da reunião de pequenas causas é possível por esse meio e, sem dúvida, o poder de barganha dos membros da classe é grandemente reforçado pela ameaça de uma enorme indenização por danos (124). Com um esquema de honorários condicionais, onde isso seja possível, o trabalho de organização é financeiramente compensador para os advogados, que podem obter remuneração substancial (125). A class action portanto, ajuda a proporcionar as vantagens de litigantes organizacionais a causas de grupos ou de interesse público.

Classs actions e ações de interesse público, no entanto, exigem especialização, experiência e recursos em áreas específicas, que apenas grupos permanentes, prósperos e bem assessorados possuem. Muitos advogados de class actions podem ser incapazes de prover a tal especialização pessoalmente, ou não contar com recursos suficientes para obtê-la com outros profissionais. Embora possam recuperar os honorários advocatícios, na hipótese de sucesso, o risco de perder é uma barreira considerável; para serem eficientes, precisam também se engajar em práticas de "lobby" e outras atividades extrajurídicas. Por muitas razões, grupos permanentes podem pressionar para obter decisões de governo com mais sucesso do que classes relativamente efêmeras, Esses problemas, juntamente com a impossibilidade de utilização da class action como solução para muitos dos prejuízsos sofridos pelos consumidores, tornam a class action um meio imperfeito de vindicação dos interesses difusos.

A instituição americana do "advogado do interesse público" institui um esforço a mais para dar aos interesses difusos as vantagens com que contam os grupos permanentes (126). A justificação teórica para o surgimento e crescimento das sociedades de advogados do interesse público nos Estados Unidos, desde 1970, corresponde precisamente ao que já assinalamos:

> "Os advogados do interesse público acreditam que os pobres não são os únicos excluídos do processo de tomada de decisão em assuntos de importância vital para eles. Todas as pessoas que se preocupam com a degradação ambiental, com a qualidade dos produtos, com a proteção do consumidor, qualquer que seja sua classe socio-econômica, estão efetivamente excluídas das decisões-chave que afetam seus interesses (127)."

Esses interesses, como já assinalamos, não puderam encontrar representação através de organizações. Muitos grupos de advogados (liberais) formaram, então, "sociedades de advogados do interesse público" para atender essa demanda.

As sociedades de advogados do interesse público variam muito em tamanho e especialidades temáticas a que atendem (128). O tipo mais comum é uma organização de fins não lucrativos, mantida por contribuições filantrópicas. As primeiras dessas sociedades foram instituidas pela Fundação Ford, em 1970. Embora nunca tenha havido mais de 70 a 100 desses escritórios, por volta de 1975, os advogados do interesse público tinham várias centenas de casos importantes em juízo e muitos outros já concluídos (129). Esses escritórios mantidos por fundações já haviam também atuado em muitos procedimentos administrativos e outras importantes atividades extrajudiciais. Proporcionando aconselhamento jurídico especializado e constante supervisão em relação a interesses não representados e não organizados, esses escritórios freqüentemente agem em apoio a grupos existentes e substituem grupos ainda não formados.

Os advogados do interesse público têm sido criticados por não serem responsabilizáveis pelos interesses que representam, o que é, em parte, verdadeiro (130). Existem também dúvidas quanto a sua

viabilidade a longo prazo. Apesar disso, os advogados do interesse público nos Estados Unidos continuam a fazer um trabalho importante, e já realizaram muito (131). A instituição pode ou não ser exportável, mas ela é, sem dúvida, importante ao promover o acesso à justiça para os interesses difusos, dentro dos limites dos recursos disponíveis (132).

ii) A Assessoria Pública, O êxito dos advogados do interesse público nos Estados Unidos e as óbvias restrições financeiras sob as quais eles precisam atuar estimularam a criação de novas instituições, subsidiadas pelo governo, para servir ao interesse público (133). Os serviços existentes de advogados públicos, que já estudamos, representam uma dessas soluções (134). Entre essa solução oficial (governamental) e a fórmula privada de advogados do interesse público existe uma nova e importante instituição norte-americana, que tem sido chamada de assessoria pública. A idéia consiste em usar recursos públicos, mas confiar na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares.

O exemplo mais bem sucedido desse tipo de solução, até hoje, foi o Escritório de Assessoria Pública, estabelecido nos Estados Unidos, em decorrência das disposições da lei de Reorganização Ferroviária Regional, de 1973, para auxiliar as comunidades e usuários das ferrovias na colocação de seus interesses em audiências públicas (135). Essa repartição organizou as comunidades para reconhecer e afirmar seus direitos; sua função tem sido investigar, auxiliar, mobilizar e, por vezes, subsidiar grupos que, de outra forma, seriam fracos defensores dos interesses dos usuários das ferrovias. Essa assessoria pública tem sido muito eficiente em virtude de seu status de independência, orçamento adequado e uma equipe sensível e bem treinada. Resta saber, naturalmente, se outras instituições do mesmo tipo seriam capazes de evitar pressões políticas e permanecer suficientemente independentes. A grande e nova virtude dessa instituição é que ela pode auxiliar a criar grupos permanentes capazes de exercer pressão e, dessa forma, reivindicar seus próprios direitos, através de procedimentos administrativos e judiciais.

c) A solução pluralística (mista).

A idéia da assessoria pública foi integrada com diversas outras teses, tornando-se, em nosso entendimento, a melhor proposta de reforma já apresentada para essa área, nos Estados Unidos. Num estudo preparado para o Departamento de Administração do Estado deWisconsin pelo Centro de Representação Popular de Wisconsin, seus autores não só recomendaram a adoção do tipo de advogado público analisado antes, como ainda vão além. Eles aceitam a necessidade — enfatizada num estudo anterior, dentro do âmbito do Projeto de Florença (136) — de uma "solução mista", e explanam esse reconhecimento assim:

> "Salientamos, como princípio cardeal, que defensores particulares são os melhores advogados para os interesses sem representação. Onde já existam grupos particulares que sejam realmente representativos, mas careçam dos recursos para obter advocacia eficiente, a resposta governamental adequada será manter e desenvolver esses grupos e tornar-lhes acessível a participação, tanto quanto possível. .
>
> "Por outro lado, treinamento e assistência aos grupos de cidadãos nem sempre serão suficientes para suprir as necessidades. Alguns interesses não são, nem serão representados por qualquer grupo. O interesse pode ser excessivamente difuso para permitir que mesmo um pequeno grupo seja organizado, ou pode ocorrer que nenhum dos grupos existentes esteja em condições de ser considerado representativo. Em tais casos, a advocacia pública será a solução mais adequada" (137).

É preciso que haja uma solução mista ou plurarística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.

C — A TERCEIRA ONDA: DO ACESSO À REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO A UMA CONCEPÇÃO MAIS AMPLA DE ACESSO À JUSTIÇA. UM NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA

O progresso na obtenção de reformas da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses “públicos” é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça. Essas reformas serão bem sucedidas — e, em parte, já o foram — no objetivo de alcançar proteção judicial para interesses que por muito tempo foram deixados ao desabrigo. Os programas de assistência judiciária estão finalmente tornando disponíveis advogados para muitos dos que não podem custear seus serviços e estão cada vez mais tornando as pessoas conscientes de seus direitos. Tem havido progressos no sentido da reivindicação dos direitos, tanto tradiconais quanto novos, dos menos privilegiados. Um outro passo, também de importância capital, foi a criação de mecanismos para representar os interesses difusos não apenas dos pobres, mas também dos consumidores, preservacionistas e do público em geral, na reivindicação agressiva de seus novos direitos sociais.

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Esse movimento emergente de acesso à Justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Sem dúvida, esses movimentos iniciais receberam impulso através da afluência econômica recente e outras reformas que, de certa forma, alteraram o equilíbrio formal de poder entre indivíduos, de um lado, e litigantes mais ou menos organizados, de outro, tais como as empresas ou o governo. Para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos

efetivos, como era de se prever. Como observa Galanter, "O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens." (138)

A representação judicial — tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos — não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras "vantagens tangíveis" ao nível prático. Tal como reconhecido pelo Brent Community Law Center de Londres, "o problema de execução das leis que se destinam a proteger e beneficiar as camadas menos afortunadas da sociedade é geral" (139). Não é possível, nem desejável resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos freqüentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exeqüíveis (140). Como afirma Jacob: "São as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são elas que os ativam, para torná-los efetivos" (141). Cada vez mais se reconhece que, embora não possamos negligenciar as virtudes da representação judicial, o movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma (142). Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento — o sistema judiciário (143).

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (144). Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que freqüentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem "resolvidos" se as partes simplesmente se "evitarem" uma à outra (145). A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração (146). Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os

relacionamentos (147). As partes, ademais, podem diferir grandemente em poder de barganha, experiência ou outros fatoresjá comentados anteriormente no presente estudo sob o título “Possibilidades das Partes”.

Por fim, é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. Por exemplo, considerem-se as vantagens antes mencionadas que o poderoso litigante organizacional tem frente ao indivíduo. Num primeiro nível, essas vantagens consistem na capacidade de reconhecer um direito, poder custear uma pequena causa, ou utilizar o forum de forma eficiente para impor um direito ou defendê-lo de ataques. Essas são vantagens concretas em casos individuais, as quais, como veremos, podem ser enfrentadas com algum sucesso ao nível individual. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-teste, de modo a assegurar precedentes favoráveis, que serão vantajosos em casos individuais; de estruturar as transações de maneira a tirar proveito dessas normas; de controlar o cumprimento de determinada lei, quando seja necessário; de sugerir ou fazer pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis. Mecanismos tais como os que já discutimos para a proteção dos interesses difusos são especialmente apropriados para a abordagem desses problemas. Alguns mecanismos, tais como a “class action”, podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos duma classe. Muitos e importantes remédios, no entanto, tendem a servir apenas a uma ou outra das funções.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.

IV

TENDÊNCIAS NO USO DO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

O enfoque do acesso à Justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial. Obviamente, qualquer projeto comparativo, mesmo que se beneficie do montante de contribuições com que conta o Projeto de Florença, não pode no presente estágio da pesquisa nesse campo fazer muito mais do que oferecer uma vista geral. Apesar disso, algumas idéias e tendências básicas podem ser distinguidas, e a sua discussão permitirá mostrar as realizações e potencial — bem como alguns dos perigos e limitações — desse esforço criativo mundial.

Antes de examinar as reformas individuais, no entanto, deve ser enfatizado que qualquer tipo de reforma se relaciona muito proximamente com outras reformas, potenciais ou existentes. Uma mudança na legislação que dê aos inquilinos maiores direitos, por exemplo, pode ter inicialmente efeitos muito tímidos; mas uma alteração subseqüente no método de outorga da prestação jurisdicional poderia alertar os inquilinos para seus novos direitos e mesmo acrescer o volume de causas perante tribunais desacostumados aos litígios contenciosos entre locadores e locatários. A criação de um tribunal de locações poderia aliviar os tribunais regulares e, caso destinada a obviar a necessidade de advogados, poderia reduzir a necessidade de serviços jurídicos. Não é indispensável que o progresso ocorra dessa forma. Mas, apesar de nossa ênfase em determinados tipos de reformas especialmente notáveis, não podemos deixar de considerar as implicações e o inter-relacionamento com o complexo maquinário já existente para a solução de litígios.

A - A REFORMA DOS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS EM GERAL

Embora a atenção dos modernos reformadores se concentre mais em alternativas ao sistema judiciário regular, que nos próprios sistemas judiciários, é importante lembrar que muitos conflitos básicos envolvendo os direitos de indivíduos ou grupos, necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares. Master Jacob já afirmou:

> "A engrenagem judiciária formal de cortes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessária e vital não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais que afetem interesses vultosos e substanciais" (148).

Pelo menos desde o início do século, tem havido esforços importantes no sentido de melhorar e modernizar os tribunais e seus procedimentos. No continente europeu, por exemplo, podemos apontar os bem conhecidos movimentos de reforma que foram agrupados sob a designação de "oralidade" e ocuparam-se essencialmente com "a livre apreciação da prova", a "concentração" do procedimento e o contato imediato entre juizes, partes e testemunhas, bem como com a utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade (149). Quando levada a efeito, na Áustria, pela pioneira Zivilprozessordnung de 1895, tais reformas, no dizer do notável processualista

Franz Klein, contribuíram para tornar o processo civil simples, rápido, barato e acessível aos pobres (150).

Nos Estados Unidos, o exagerado sistema de neutralidade judicial tem sofrido críticas consideráveis desde o famoso discurso de Roscoe Pound, em 1906. Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes (153).

As reformas, nesse sentido, têm continuado, mas ainda há muito a avançar. Por exemplo, num esforço dramático para tornar o acesso aos tribunais menos oneroso na França, seu Ministro da Justiça anunciou em 19 de setembro de 1977 que, a partir do ano seguinte, todas as custas judiciais seriam eliminadas (154). O autor de uma ação de indenização por acidente, por exemplo, passou a economizar cerca de 200 dólares. Embora a despesa com advogados ainda permaneça, uma barreira financeira significativa foi eliminada.

Outro tipo de reforma que poderia ser mencionado nesse contexto é o chamado “Modelo de Stuttgart”, do processo civil germânico, cada vez mais difundido. Esse método de procedimento envolve as partes, advogados e juízes, num diálogo oral e ativo sobre os fatos e sobre o direito. Ele não apenas acelera o procedimento, mas também tende a resultar em decisões que as partes compreendem e freqüentemente aceitam sem recorrer (155). Algumas características básicas desse modelo, até então opcionais, tornaram-se obrigatórias para todos os Landgerichte Alemães através da reforma do Código de Processo Civil, em vigor desde l9 dejulho de 1977 (156).

Com respeito às reformas que reduzem custos e, de certa forma, ampliam a tradição de oralidade, convém mencionar os ordenamentos processuais socialistas (157). Com efeito, os informantes do Projeto Florença de Acesso à Justiça nos países do leste europeu e na União Soviética até mesmo questionam a necessidade de criação de procedimentos especiais, fora do sistema judiciário regular. O Professor Stalev, de Sofia, por exemplo, declara: “Na Bulgária, como em outros países socialistas, não há necessidade de estabelecer procedimentos ou mecanismos especiais para reduzir os custos para a solução de litígios que envolvam pequenas causas. Isso porque a máquina judiciária é acessível ao povo e isenta de custas” (158).

Os procedimentos regulares dos tribunais socialistas, tal como exemplificado pelos da Europa Oriental e da União Soviética, proporcionam, sem dúvida, a solução de litígios de maneira relativamente informal, rápida e barata (159). É preciso reconhecer, no entanto, que esses procedimentos, nas cortes regulares, tiveram lugar dentro de um sistema econômico e governamental muito diverso daquele existente nos países ocidentais, com vantagens e desvantagens concomitantes. Por isso é mais apropriado perguntar até onde reformas comparáveis, inspiradas pelo critério da oralidade, podem ir, no sentido de eliminar as barreiras ao acesso que encontramos nos países ocidentais (160). Dada a complexidade de tantas de nossas modernas leis e a necessidade para advogados e juízes de deslindá-las e aplicá-las, parece claro que a idéia de tornar os tribunais muito simples e baratos não é realística (161). Se os juizes devem desempenhar sua função tradicional, aplicando, moldando e adequando leis complicadas a situações diversas, com resultados justos, parece que advogados altamente habilitados e procedimentos altamente

estruturados continuarão a ser essenciais. Por outro lado, torna-se necessário um sistema de solução de litígios mais ou menos paralelo, como complemento, se devemos atacar, especialmente ao nível individual, barreiras tais como custas, capacidade das partes e pequenas causas.

B - IMAGINANDO MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA DECIDIR CAUSAS JUDICIAIS

As colocações a seguir tendem a aceitar as limitações das reformas dos tribunais regulares e, como conseqüência, envolvem a criação de alternativas, utilizando procedimentos mais simples e/ou julgadores mais informais. Os reformadores estão utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. Essas técnicas, é preciso que se diga, podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, ou podem tornar-se disponíveis como opção para as partes. Embora, como veremos, a atividade mais importante de reforma se esteja verificando com respeito a tipos particulares de causas, especialmente as pequenas ou as de interesse dos consumidores, algumas reformas gerais também merecem atenção e, portanto, serão brevemente enfocadas aqui.

1 — O Juízo Arbitral

O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro. (162) Por isso, não é de surpreender que recentemente tenha sido proposto que o Estado pague os árbitros ou permita que os juízes atuem como árbitros (163). Na França, por exemplo, desde 1971, as partes têm a opção de encaminhar causas a um juiz para que proceda como “árbitro amigável” (164). Da mesma forma, em 1971, um programa experimental de juízo arbitral voluntário, na Califórnia, propunha-se a reduzir custos através da utilização de advogados voluntários, não remunerados como árbitros. Esse sistema foi tão bem sucedido em reduzir custos tanto para as partes como para o Estado, que foi substituído em meados de 1976 por um sistema formal de arbitramento compulsório disponível por requisição do demandante (165). Dadas as delongas e despesas freqüentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores mais ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas.

Vantagens semelhantes têm sido obtidas com a remessa automática ao juízo arbitral, tal como é praticada na cidade de Filadélfia, Estado da Pensilvânia (166). Um fator complicador adicional aqui é que, para manter a constitucionalidade da remessa automática, é preciso assegurar o direito a novo julgamento ou recurso (167). O risco é que as partes insatisfeitas, dissuadidas pelos ônus de novas custas e novas audiências, deixem de utilizar esse direito e possam, dessa forma, ser privadas das salvaguardas dos tribunais. Mas, se o estabelecimento dessa barreira pode ser evitado, e os problemas mais

fundamentais dos procedimentos judiciários lentos e dispendiosos não são solucionados, esse tipo de juízo arbitral pode propiciar maior facilidade de acesso a muitas pessoas.

2 — A Conciliação

Existem vantagens óbivas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação — ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte "vencedora" e a outra "vencida" — ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de uni litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (168).

O sistema jurídico japonês oferece exemplo conspícuo do uso largamente difundido da conciliação (169). Cortes de conciliação, compostas por dois membros leigos e (ao menos formalmente) por um juiz, existe há muito tempo em todo o Japão, para ouvir as partes informalmente e recomendar uma solução justa. A conciliação pode ser requerida por uma das partes, ou um juiz pode remeter um caso judicial à conciliação. Esse processo de conciliação, apesar de relativo declínio em seu uso e eficácia, ainda é muito importante no Japão (170). Sem deixar de considerar as condições favoráveis quase exclusivas ao Japão, a observação dos professores Kojima e Taniguchi não pode ser ignorada: "O fato de que a instituição nasceu e foi desenvolvida numa sociedade muito diferente da ocidental e de outras que não correspondem ao extremo oriente, não deve esconder sua validade como um meio adequado de solução de litígios (171).

Muitos países ocidentais, em particular a França e os Estados Unidos, estão comprovando a veracidade da instituição dos relatores japoneses. A experiência dos Estados Unidos, em 1978, com os "centros de justiça de vizinhança", que será discutida a seguir, em conexão com os "tribunais populares"(172) constitui um exemplo importante da renovada atenção dada à conciliação, e a nova instituição francesa do conciliador local já passou do nível experimental. A experiência começou em fevereiro de 1977, em quatro departamentos franceses e, em fins de março de 1978, foi estendida a todos os 95 departamentos franceses (172a). Os conciliadores são membros respeitados da comunidade local que têm seu escritório geralmente nas prefeituras e detêm um mandato amplo para tentar reconciliar os litigantes com vistas à aceitação de uma solução mutuamente satisfatória. Os conciliadores, indicados pelo Primeiro Presidente da Corte de Apelação com jurisdição sobre a localidade, também são chamados a dar conselhos e informações. Evidentemente, existe uma grande demanda na França pelos serviços oferecidos pelos conciliadores locais.

Além dessa interessante e importante inovação francesa, que se baseia na iniciativa das partes e no prestígio do conciliador para promover a solução dos litígios, os relatórios do Projeto de Florença revelam extensa variedade de métodos voluntários e compulsórios para encorajar a reconciliação das partes (173).Em particular, é comum dar ao juiz ou o poder de sugerir um acordo, ou permitir-lhe remeter o caso a outro juiz ou funcionário. Embora pesquisa empírica detalhada seja necessária para definir esse

ponto, parece que o melhor método é o adotado pelo sistema muito eficiente que opera em Nova lorque (174), onde o juiz que julga o caso não é o mesmo que tentou conciliá-lo (175). Isso evita que se obtenha a aquiescência das partes apenas porque elas acreditam que o resultado será o mesmo depois do julgamento, ou ainda porque elas temem incorrer no ressentimento do juiz.

À medida que a conciliação cresceu em importância, os métodos e estilos de conciliação tornaram-se tema de estudos mais acurados. Já há indicadores acerca dos tipos de comportamento por parte dos conciliadores que se prestam melhor a obter a resolução efetiva dos conflitos (176). Aqui, novamente, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções (177).

3 — Incentivos Econômicos

Outro método geral para evitar o litígio judicial consiste em encorajar acordos pelo uso seletivo de incentivos econômicos. É claro que fatores econômicos tais como os custos do julgamento, os métodos pelos quais esses custos são alocados (incluindo os honorários antecipados), a taxa de inflação e a demora, influenciam a disposição das partes para com a conciliação, mesmo que esses fatores possam afetar diferentemente os diversos tipos de litigantes (178). A demora e os altos índices de inflação tornam um demandante em busca de numerário, especialmente quando se trata de um indivíduo isolado, mais ansioso por uma composição, de modo a poder receber alguma quantia desde logo. O valor elevado das custas, de modo especial (mas não exclusivo), na medida em que elas são impostas apenas ao sucumbente, também aumenta os riscos de um julgamento. Litigantes individuais são especialmente suscetíveis a essas pressões, porque não podem distribuir seus riscos entre diversas causas.

Reconhecendo a importância dos fatores econômicos, alguns sistemas judiciais criaram incentivos para a conciliação extrajudicial. O mais conhecido desses mecanismos é o chamado “sistema de pagar o julgamento”, usado prevalentemente na Inglaterra (179), mas também empregado na Austrália (180) e no Canadá (181). A idéia básica é a de apenar o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à corte pela outra parte, quando, após o julgamento, se comprove ter sido razoável essa proposta. A penalidade é o pagamento pelo autor dos custos de ambas as partes (182).

Está claro que este sistema encoraja acordos e da mesma forma reduz o congestionamento do judiciário, mas como o Professor Michael Zander já demonstrou, isso acontece a expensas da justiça para com os autores, que, em tal sistema, são geralmente as partes individuais economicamente mais fracas e menos familiarizadas com os litígios (183). Esse método, portanto, não parece ser promissor em nossa busca por soluções equânimes para o problema de acesso à justiça. Existem, no entanto, possibilidades de melhor utilização dessa técnica. É interessante analisar rapidamente, agora, um sistema relativamente novo, o sistema de mediação de Michigan (1971), o qual, embora limitado a casos de indenização por danos, corrige os dois principais defeitos do procedimento britânico (184). Primeiramente, o sistema de

Michigan apena o réu, tanto quanto o autor, por recusar uma proposta razoável de acordo. Em segundo lugar, o sistema de Michigan proporciona uma determinação imparcial, através de especialistas, de um acordo razoável. Isso propicia a ambas as partes uma estimativa objetiva do valor da causa, remediando, dessa forma, até certo ponto, a falta de experiência do autor. O sistema de Michigan demonstra que o princípio de pagar pelo julgamento pode auxiliar a dignificar o acesso à justiça (185). Sua utilidade em outras questões além das indenizações por danos, no entanto, é, até agora, duvidosa.

C — INSTITUIÇÕES E PROCEDIMENTOS ESPECIAIS PARA DETERMINADOS TIPOS DE CAUSAS DE PARTICULAR "IMPORTÂNCIA SOCIAL". UMA NOVA TENDÊNCIA NO SENTIDO DA ESPECIALIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES E PROCEDIMENTOS JUDICIAIS

Examinamos, até agora, as possibilidades de reforma dos tribunais regulares e as fórmulas gerais para desviar os casos dos tribunais. Ambas as técnicas, como notamos, são crescentemente importantes. No entanto, o movimento mais importante em relação à reforma do processo se caracteriza pelo que podemos denominar de desvio especializado e pela criação de tribunais especializados. O ímpeto dessa nova tendência em direção à especialização pode ser tornado claro se fixarmos nosso foco de atenção nos tipos de demandas que, em grande medida, provocaram as "três ondas" de reforma para possibilitar melhor acesso à justiça.

O esforço de criar sociedades mais justas e igualitárias centrou as atenções sobre as pessoas comuns — aqueles que se encontravam tradicionalmente isolados e impotentes ao enfrentar organizações fortes e burocracias governamentais. Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido e prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos — em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconhecessemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados.

As cortes regulares, é preciso reiterar, têm um papel permanente - na realidade, crescentemente importante - na efetivação e desenvolvimento dos direitos, tanto novos quanto velhos, especialmente, naqueles que têm sido chamados de litígios de direito público (186).Os consumidores, os ambientalistas e o público são detentores de interesses difusos, e a proteção desses interesses tem-se tornado tarefa aparentemente indispensável nas modernas cortes, através de mecanismos tais como a maior abertura com relação à legitimidade ativa, os "ombudsmen" do consumidor, os advogados do interesse público, e as "class actions" (187).

É preciso reconhecer, entretanto, que algumas das características do sistema judiciário regular, que o tornam apto para a solução de litígios de direito público, em defesa de interesses difusos da coletividade, freqüentemente também o tornam pouco adequado a fazer valer os direitos das pessoas comuns ao nível individual. Procedimentos contraditórios altamente estruturados, utilizando advogados bem treinados e perícias dispendiosas, podem ser de importância vital nos litígios de direito público, mas

colocam severas limitações na acessibilidade de nossos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns. É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros foruns mais acessíveis.

O desvio, seja geral, seja especializado, é um método essencial para franquear o acesso às pessoas comuns, particularmente quando, como acontece em geral, os indivíduos não perdem completamente seu direito de comparecer perante os tribunais. As técnicas gerais de diversificação, discutidas na seção precedente, ajudam a solucionar as causas de uma maneira mais rápida e menos dispendiosa, ao mesmo tempo que aliviam o congestionamento e o atraso dos tribunais. Devemos, no entanto, ser cautelosos para que o objetivo de evitar o congestionamento não afaste causas que, de fato, devam ser julgadas pelos tribunais, tais como muitos casos que envolvem direitos constitucionais ou a proteção de interesses difusos ou de classe. O desvio, em suma, pode ir longe demais Por outro lado, o desvio geral pode não ir suficientemente longe, se enfocado de nossa perspectiva de acesso à justiça: um enfoque mais especializado do que o arbitramento ou conciliação gerais parece necessário para criar foruns efetivos onde os indivíduos possam reivindicar seus direitos.

Os novos direitos substantivos das pessoas comuns têm sido particularmente difíceis de fazer valer ao nível individual. As barreiras enfrentadas pelos indivíduos relativamente fracos com causas relativamente pequenas, contra litigantes organizacionais — especialmente corporações ou governos — têm prejudicado o respeito a esses novos direitos. Tais indivíduos, com tais demandas, freqüentemente não têm conhecimento de seus direitos, não procuram auxílio ou aconselhamento jurídico e não propõem ações (188). Nem o movimento considerável e contínuo em defesa dos interesses difusos, nem as técnicas gerais de diversificação podem atacar as barreiras à efetividade desses importantes novos direitos, ao nível individual. A grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é, portanto, preservar os tribunais ao mesmo tempo em que aperfeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes. Já foi afirmado pelo Professor Kojima que “a necessidade urgente é de centrar o foco de atenção no homem comum — poder-se-ia dizer no homem pequeno — e criar um sistema que atenda suas necessidades...” (189).

O reconhecimento dessa necessidade urgente reflete uma mudança fundamental no conceito de “justiça”. No contexto de nossas cortes de procedimentos formais, a “justiça” tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de “uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil”(190). A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas —por exemplo, com relação ao papel de quem julga — é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo.

Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto como autores, quanto como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos. Ele deve ter, ademais, a capacidade de lidar com litígios que

envolvam relacionamentos permanentes e complexos, como entre locadores e locatários. Essas características como se verá, emergem nas formas procedimentais especializadas mais promissoras, examinadas nesta seção, e oferecem a possibilidade de atrair as pessoas e capacitá-las a reivindicar seus direitos efetivamente contra seus adversários mais poderosos.

O esforço para criar tribunais e procedimentos especializados para certos tipos de causas socialmente importantes não é, evidentemente, novo. Já se percebeu, no passado, que procedimentos especiais e julgadores especialmente sensíveis são necessários quando a lei substantiva é relativamente nova e se encontra em rápida evolução (191).Aos juízes regulares pode faltar a experiência e sensibilidade necessárias para ajustar a nova lei a uma ordem social dinâmica, e os procedimentos judiciais podem ser pesados demais para que se lhes confie a tarefa de executar e, até certo ponto, adaptar e moldar importantes leis novas. O que é novo no esforço recente, no entanto, é a tentativa, em larga escala, de dar direitos efetivos aos despossuídos contra os economicamente poderosos: a pressão, sem precedentes, para confrontar e atacar as barreiras reais enfrentadas pelos indivíduos. Verificou-se ser necessário mais do que a criação de cortes especializadas; é preciso também cogitar de novos enfoques do processo civil.

1 — Procedimentos Especiais para Pequenas Causas

A violação dos direitos recentemente obtidos pelas pessoas comuns, tais como aqueles referentes às relações de consumo ou de locação, tendem a dar lugar a um grande número de causas relativamente pequenas contra (entre outros) empresas e locadores (192). A preocupação crescente por tornar esses direitos efetivos, no entanto, leva à criação de procedimentos especiais para solucionar essas “pequenas injustiças” de grande importância social.

Causas relativamente pequenas vêm sendo tratadas diferentemente das grandes causas, há longo tempo. Juízes singulares (ao contrário das juntas de três julgadores)(193) ou juízes menos qualificados do ponto de vista formal (194), limitações à apelação (195), e — pelo menos no papel — maior grau de “oralidade” (196) têm sido usados para reduzir os custos para o Estado e para as partes, quando tenham de resolver disputas que envolvem quantias relativamente pequenas de dinheiro. Sem dúvida, os propósitos pretendidos por tais reformas têm sido, freqüentemente, os de criar tribunais e procedimentos que sejam rápidos e acessíveis às “pessoas comuns”. Tais reformas, no entanto, mesmo quando destinadas a promover o acesso dos cidadãos, mas não a simplesmente cortar despesas, têm sofrido severas críticas ultimamente (197). Primeiro, muitos tribunais de pequenas causas tornaram-se quase tão complexos, dispendiosos e lentos quanto os juízos regulares (devido, particularmente, à presença dos advogados e à resistência dos juízes em abandonar seu estilo de comportamento tradicional, formal e reservado). Em segundo lugar,onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, eles têm servido mais freqüentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos (198). Alega-se que procedimentos mais rápidos, informais e modernos facilitam principalmente a lesão em larga escala dos direitos de devedores individuais. Pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes(199); elas podem envolver leis complexas em casos de vital

importancia para litigantes de nível econômico baixo ou médio. A questão, portanto, é saber por que elas devem ser apreciadas através de procedimentos supostamente de segunda classe.

Há, no entanto, necessidade real de remédios acessíveis para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais. Está claro que, em regra geral, as pequenas causas não serão trazidas aos tribunais regulares para serem tratadas consoante o procedimento comum, entre outras coisas porque isso não é economicamente possível(200). O resultado, conseqüentemente, é que, sem algum tipo especial de procedimento para as pequenas causas, os direitos das pessoas comuns freqüentemente permanecerão simbólicos. O desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem. Sem dúvida, parece que a força das críticas mencionadas acima não desencorajou os reformadores de pequenas causas; ao contrário, elas deram a partida para um novo e notável esforço — utilizando aquilo que chamamos de novo enfoque de acesso à justiça — com vistas a uma significativa reforma das pequenas causas.

Os exemplos mais promissores desse novo esforço enfatizam muitos dos traços encontrados nos melhores sistemas de arbitragem — rapidez, relativa informalidade, um julgador ativo e a possibilidade de dispensar a presença de advogados. Achamos, ademais, que as posições relativas dos litigantes e o caráter de seu relacionamento tendem a ser consideradas com maior cuidado. Reconhecendo que uma importante atividade de reforma está tendo lugar em muitos países discutiremos brevemente as reformas recentes em algumas áreas da Austrália (especialmente tribunais de pequenas causas em Nova Gales do Sul, Queensland, Victoria e na Austrália Ocidental, entre 1973 e 1976)(201), na Inglaterra (o sistema dos tribunais de condado para o arbitramento de pequenas causas, de 1973)(202), na Suécia (processo de pequenas causas, de 1973)(203), e nos Estados Unidos (especialmente os tribunais de pequenas causas de Nova lorque, de 1972)(204). Algumas características dessas reformas, assim como alguns aspectos importantes das experiências canadenses (1974)(205), podem servir para ilustrar a atividade que está acontecendo agora. Nós nos concentramos em quatro aspectos dessas reformas — (a) a promoção de acessibilidade geral, (b) a tentativa de equalizar as partes, (c) a alteração no estilo de tomada de decisão, e (d) a simplificação do direito aplicado. Essa relação de tópicos não é certamente exaustiva, mas cobre as principais áreas da atividade de reforma (206).

a) Promovendo a acessibilidade geral.

A redução do custo e duração do litígio é, sem dúvida, um objetivo primordial das reformas recentes (207). As custas de distribuição, por exemplo, são muito baixas para quase todos os tribunais de pequenas causas. O principal custo, ou principal risco, nos países em que vigora o princípio da sucumbência, está, no entanto, nos honorários advocatícios (208). Por isso, estão sendo tomadas providências para desencorajar ou mesmo proibir a representação através de advogados. Esse tipo de reforma reconhece que, provavelmente, não basta permitir à parte que compareça sem advogado, porque o adversário pode se fazer acompanhar de um profissional e obter, assim, vantagem potencialmente decisiva (209). Por exemplo, na Suécia e na Inglaterra as novas reformas desencorajam a atuação de advogados de ambas as partes, não permitindo que o vencedor obtenha reeembolso das suas despesas de advogado(210); e, na Austrália a representação por advogados não é permitida em muitos órgãos (211). A

proibição da atuação de profissionais é, sem dúvida, medida controvertida e tem sido freqüentemente atacada por impedir a assistência jurídica a autores pobres e, presumivelmente, despreparados, que precisem enfrentar experimentados homens de negócio. Existem métodos, discutidos nas próximas seções, de fazer frente a esse problema e poder-se-ia, também, acrescentar que os indivíduos em ambientes informais podem não ficar tão inibidos quanto se pensa (212).

A acessibilidade é, ademais, promovida por mudanças que fazem os tribunais mais próximos das pessoas comuns. Para começar, é conveniente tornar o judicário tão acessível fisicamente quanto possível, e uma possibilidade é mantê-lo aberto durante a noite, de modo que as pessoas que trabalham não sejam inibidas pela necessidade de faltar ao serviço. O tribunal de pequenas causas de East Harlem em Nova Iorque permite a distribuição de queixas todas as sextas-feiras à noite e, numa tentativa ulterior de promover o acesso, também utiliza, de maneira particularmente nova, advogados paraprofissionais da comunidade. De acordo com alguns cientistas sociais que têm examinado o problema dos tribunais de pequenas causas:

> "O trabalho de advogados da comunidade, os quais tornam popular o tribunal e explicam sua utilidade, falando para entidades civis, grupos políticos e outros na área do Harlem, é de particular importância, uma vez que a acessiblidade envolve uma dimensão cultural tanto quanto física. A corte não deve apenas estar na comunidade, mas precisa ser percebida por seus membros como uma opção séria quando eles considerem os meios de encaminhar uma queixa"(213).

Nos tribunais de pequenas causas, o ajuizamento de uma demanda é muito simples. As formas são simplificadas, as formalidades foram eliminadas e os funcionários estão disponíveis para assistir as partes. Na Suécia, por exemplo, o funcionário do tribunal orienta as partes na redação de seus requerimentos e as auxilia a definir que provas serão necessárias. Embora o funcionário não tenha a obrigação de fornecer aconselhamento jurídico ou tático, isso pode ser facilmente obtido através de um advogado (214), dentro do sistema de aconselhamento jurídico sueco (215). Esse tipo de aconselhamento, feito pelos próprios servidores dos tribunais, torna-se especialmente necessário quando não é permitida a representeção, uma vez que, tal como outras reformas a serem abordadas, ele ajuda a equalizar as partes.

b) A equalização das partes.

Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional. Mesmo os críticos desse sistema reconhecem a necessidade de uma atitude mais ativa nos tribunais de pequenas causas (216). As modernas reformas também tendem a promover tal atitude através da simplificação de algumas regras de produção de provas, o que permite, como ocorre, por exemplo, na Inglaterra e na Suécia, grande flexibilidade processual, conforme o tipo de demanda(217). Taylor relata que na Austrália geralmente as partes e o magistrado sentam-se em torno de uma mesa de café e, muitas vezes, o próprio juiz telefona a alguém que possa confirmar a versão de uma das partes (218). O juiz ativo e menos formal tornou-se uma característica básica dos tribunais de pequenas causas.

A tarefa do juiz, de facilitar a equalização das partes, também pode ser promovida através de reuniões anteriores ao julgamento, como se faz na Jnglaterra. O procedimento inglês das cortes de condado para o arbitramento de pequenas causas é muito ligado ao procedimento de reuniões prévias das cortes de condado. Nas reuniões preliminares o escrivão da corte (que geralmente decide as pequenas causas submetidas a arbitramento) pode, entre outras coisas, oferecer às partes considerável auxílio na

preparação da audiência subseqüente (219). O único problema prático é que esse procedimento obriga os litigantes a comparecer duas vezes perante a corte.

Além dessas reformas significativas, tem havido crescente participação dos funcionários ligados aos tribunais de pequenas causas que podem auxiliar as partes não apenas a redigir suas demandas, mas também instruí-las e prepará-las para o julgamento. Naturalmente, dependendo de qualificações e treinamento, tais funcionários precisam ser bem remunerados, mas, quando disponíveis, eles facilitam bastante a tarefa dos julgadores. Havia, por exemplo, uma Clínica de Aconselhamento Jurídico incluída no “Projeto Piloto de Pequenas Causas” de 1974/75, de Vancouver (British Columbia, Canadá) (220). O potencial para desenvolver capacitação e proporcionar valioso auxílio aos litigantes também está sendo desenvolvido com sucesso no programa de advogados de comunidade do tribunal de pequenas causas do Harlem (Nova lorque) (221). Além de proporcionarem assistência valiosa, esses paraprofissionais, muitos dos quais residem no próprio bairro, até mesmo comparecem às audïências para prestar assistência a litigantes tímidos (222).

Os recursos das cortes também podem auxiliar a equalizar as partes, ajudando-as a obter pareceres técnicos e testemunhas (223). Na Suécia, por exemplo, a corte pode solicitar o parecer de um perito, sem custo para qualquer das partes, uma vez que o Estado paga os honorários periciais (224). Dado que as pequenas causas não são necessariamente causas simples, o concurso de um perito pode ser considerável auxílio na obtenção de resultados justos para casos difíceis.

Embora as técnicas acima discutidas tenham um potencial considerável, elas se defrontam com o problema em relação ao qual os tribunais de pequenas causas são mais suscetíveis — sua tendência para se tornarem “agências de cobrança”, especialmente quando um comerciante experimentado ou um litigante tenta haver um débito de um réu individual, sem experiência e presumivelmente com menor facilidade de expressão (225). Para complicar o assunto, há o fato de os tribunais de pequenas causas tenderem a ser sobrecarregados com demandas de cobrança, e os devedores individuais nem sequer responderem às alegações, ou seja, serem revéis (226). O primeiro problema é mais óbvio nos países de Cornmon Law, porque os débitos nos países de sistema continental europeu são normalmente cobrados através de outros canais — tais como os procedimentos sumários especiais, a procédure d’injonction francesa (227), o Mahnverfahren germmnico(228) e o Procedimiento d’ingiunzione italiano(229); no entanto, está-se tornando cada vez mais claro que os problemas e perspectivas desses procedimentos sumários estão muito intimamente relacionados com os avanços verificados em termos de igualdade e “acesso” nos tribunais de pequenas causas.

Nos tribunais de pequenas causas dos países de Cornmon Law a primeira tentativa de solução para esse problema crucial de cobranças e revelia tem sido tentar excluir os autores comerciantes. O objetivo é permitir ao consumidor a opção por tal foro. Essa solução foi adotada nos tribunais australianos e, com alguma alteração, em Nova lorque (230).

Não há, no entanto, nada de intrinsecamente errado na eficiente execução das dívidas, desde que aos réus seja dada oportunidade real de apresentar suas defesas (231). Ademais, os pequenos comerciantes que utilizam as cortes de pequenas causas podem, freqüentemente, ser o tipo de “pessoas comuns” para quem foram criados esses tribunais, e denegar-lhes essa via pode forçá-los a sérias dificuldades financeiras (232). Por último, fechar os tribunais de pequenas causas aos comerciantes pode

significar a canalização de suas ações para outros órgãos, possivelmente menos favoráveis aos consumidores. Muitos reformadores por isso recomendam que os tribunais de pequenas causas permitam a cobrança de dívidas, mas que os julgamentos à revelia sejam investigados muito cuidadosamente(233),. ou mesmo que se verifique de ofício se alguma defesa poderia ter sido alegada (234). Não está claro se tal investigação, que poderia ser muito dispendiosa, ainda seria necessária se os réus fossem informados com absoluta clareza de que poderiam contar com assessoramento jurídico(235). Infelizmente, nos atuais sistemas, tal informação, ao que parece, não é fornecida. De toda forma, é certamente muito desejável que se tente transformar os tribunais de pequenas causas em órgãos eficientes para a defesa dos direitos dos consumidores. Os consumidores estão cada vez mais comprando a crédito, e deve ser-lhes dada a oportunidade de recusar o pagamento e apresentar suas defesas a um órgão sensível a suas necessidades (236). Na Suécia, por exemplo, quando indivíduos desejam propor uma ação sumária de cobrança, a ação será preferencialmente ajuizada perante um tribunal de pequenas causas(237). O resultado é que grande número dos autores são comerciantes, mas isso não deve ser causa de temor (238). Antes, pelo contrário, é um indicador do êxito do tribunal.

Equalizar o consumidor e o comerciante em pequenas causas exige, no mínimo, que pretenções incontroversas não congestionem os tribunais e, ao mesmo tempo, que os consumidores sejam mobilizados no sentido de efetivamente se defenderem naqueles casos em que contestam a existência de um débito. Isso deve continuar a ser a tarefa central para os reformadores das pequenas causas.

c) Mudando o estilo dos árbitros de pequenas causas.

As reformas de pequenas causas têm enfatizado recentemente a conciliação como principal técnica para solução das disputas. O processo de conciliação, informal, discreto, freqüentemente sem caráter público, parece bem adaptado para partes desacompanhadas de advogados e tem as vantagens já descritas de ajudar a preservar relacionamentos complexos e permanentes (239). Embora não sejam isentas de inconvenientes, as técnicas de conciliação estão sendo cada vez mais combinadas com o poder de proferir decisões vinculativas. Na Suécia, por exemplo, o juiz de pequenas causas tentará preferencialmente a conciliação das partes, "a menos que haja razões especiais a indicar o contrário" (240), e a conciliação é o objetivo principal de todos os tribunais de pequenas causas da Austrália (241). Um estudo sociológico recente do sistema informal de arbitragem, colocado à disposição dos litigantes de pequenas causas em Nova Iorque (24 2), demonstra que, em igualdade de condições, os litigantes inexperientes tendem a ser mais bem sucedidos em relação aos habituais, nesse sistema, do que nas cortes ordinárias de pequenas causas. Segundo o autor do estudo, o Professor Sarat, "as vantagens da experiência parecem diluir-se na atmosfera informal da arbitragem que visa a uma transação entre as partes, enquanto são realçadas no processo judicial" (243).

Tal arbitragem, tendente à transação entre as partes, tem vantagens óbvias, mas suas dificuldades também precisam ser consideradas. A mais óbvia se encontra no fato de que o árbitro pode confundir os papéis de juiz e de conciliador e falhar no desempenho satisfatório de qualquer dos dois (244). Como conciliador ele pode inconscientemente impor um "acordo" pela ameaça implícita em seu poder de decidir. Como Juiz, ele pode deixar seu esforço de conciliação subverter seu mandato de aplicador da lei (245). O estudo de Nova lorque, na verdade, apresenta dados empíricos que justificam essas críticas (246).

Um segundo problema, intimamente relacionado com o primeiro, é que os procedimentos de conciliação para pequenas causas tendem a ser mais eficazes quando mantidos em particular. Por exemplo, na Austrália e em Nova lorque a busca de soluções de compromisso tem lugar preferencialmente em particular, mas não nos tribunais públicos (247). Tal privacidade, ao que parece, estimula a informalidade, a sinceridade e a honestidade, criando uma atmosfera que conduz à conciliação; todavia, ela também pode tornar mais difícil o controle da qualidade do procedimento judicial. Em suma, ao combinar conciliação e procedimento judicial, pode-se perder o reconhecido valor representado pela investigação pública no procedimento judicial.

Existem, portanto, boas razões para separar o estágio judicial de um procedimento de conciliação prévio e para não confundir numa só pessoa o conciliador e o julgador. A experiência canadense levada a efeito na Colúmbia Britânica, por exemplo, deu início a um serviço voluntário de mediação a ser exercido por pessoas treinadas por agências oficiais de defesa do consumidor e acessível a qualquer litigante. Segundo o relatório canadense, esse serviço preencheu dupla função:

> "Muito embora a obtenção de um acordo recebesse a maior prioridade, a função de aconselhamento tornou-se crescentemente importante e pareceu tornar mais confiantes as partes desacompanhadas de advogados, reduzir o tempo de julgamento e, de modo geral, assegurar que os litigantes estivessem bem preparados para comparecerem ao tribunal" (248).

A audiência de conciliação prévia ao julgamento pode também servir à fina lidade de equalizar as partes para o processo judicial subseqüente (249). Esse tipo de tomada de decisão em dois estágios é, sem dúvida, interessante, ainda que exija o comparecimento das partes duas vezes, em lugar de uma só, e é fácil de compreender por que ele tem recebido amplo apoio. No entanto, como assinala Taylor, é muito cedo para decidir se esse sistema necessariamente funciona melhor do que o enfoque judicial, teorícamente menos comprometido com uma orientação para as soluções de compromisso (250). Muito depende da qualidade dos juízes e do pessoal judiciário.

d) Simplificando as normas substantivas para a tomada de decisões em pequenas causas.

Uma idéia proposta por muitos reformadores de pequenas causas é a de que se permita aos árbitros tomar decisões baseadas na "justiça" mais do que na letra fria da lei. De dois dos tribunais de pequenas causas da Austrália se exige que assegurem que suas decisões sejam "justas e equánimes".

É realmente adequado tentar evitar que os tribunais "populares" se tornem órgãos nos quais as regras técnicas, mais que a "justiça", selam o centro dos debates. A dispensa das formalidades técnicas, todavia, não irá assegurar automaticamente a qualidade de decisão do tribunal. Antes de mais nada, as pessoas devem ser capazes de planejar seu comportamento de acordo com os dispositivos legais e invocar a lei, se trazidos ao tribunal. É claramente impossível desprezar por completo as normas legais. Além disso, existe o perigo de que um relaxamento dos padrões substantivos permita decisões contrárias à lei em prejuízo de novos direitos (freqüentemente, técnicos) (251).

Os julgadores podem ter mais simpatia pelos ricos e resistir à execução de normas técnicas, as quais, uma vez que se destinam a construir nova ordem social, podem parecer "injustas" em casos particulares para com comerciantes, locadores e outros. O perigo é ampliado se os juízes de pequenas causas, os quais não contam com o auxilio de advogados para identificar a lei aplicável, falharem em desenvolver sua própria experiência (252).

Na Austrália, no entanto, esses perigos não se concretizaram. Ao contrário, os julgadores de pequenas causas desenvolveram experiência jurídica considerável, e as pequenas liberdades tomadas em relação à lei substantiva "têm sido usadas para evitar abusos e não para denegar a proteção da lei às pessoas que estejam efetivamente atuando dentro de seus limites" (253). Parece, portanto, que esse tipo de reforma pode, realmente, auxiliar as pessoas comuns a buscar e defender seus direitos. Embora não seja uma panacéia, trata-se de um instrumento importante colocado à disposição dos reformadores de pequenas causas.

e) Reformas nos Tribunais de Pequenas Causas e o Acesso á justiça: algumas conclusões.

Essas reformas nas pequenas causas, embora ainda muito recentes, de certa forma resumem o movimento de Acesso à Justiça, porque elas correspondem a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária envolvida com essas causas. Elas estão atendendo ao desafio crucial de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum, isto é, para assegurar que os novos e importantes direitos dos indivíduos — especialmente, até agora, consumidores e inquilinos — sejam transpostos dos códigos para o mundo real. Encontramos, aqui, órgãos informais, acessíveis e de baixo custo que oferecem a melhor fórmula para atrair indivíduos cujos direitos tenham sido feridos. Também encontramos procedimentos que oferecem a melhor oportunidade de fazer valer essas novas normas técnicas a favor dos indivíduos em confronto com adversários poderosos e experientes. Os êxitos dessas novas soluções, as quais, como já assinalamos, podem ser usadas em conjunto com reformas que objetivem a proteção dos direitos dos consumidores enquanto classe, podem ter o resultado de alertar as pessoas a respeito de seus direitos e de convencer seus oponentes de que esses direitos não poderão mais ser ignorados.

Os tribunais de pequenas causas já são especializados, uma vez que eles lidam com uma parcela relativamente estreita no que diz respeito à legitimidade e à matéria; mas é possível empreender uma maior especialização. Os juizados de pequenas causas, por exemplo, podem ser (ou tornar-se) especialistas em direito dos consumidores, porém um tribunal especializado em direito do consumidor estará mais apto a julgar a qualidade técnica de determinado produto. Algumas vantagens podem ser obtidas através da maior especialização, de acordo com os tipos de causas, e muitos reformadores — talvez, em alguns casos, por terem perdido a confiança em tribunais de pequenas causas de jurisdição ampla — estão procurando esses benefícios.

2 — Tribunais de "Vizinhança" ou "Sociais" para Solucionar Divergências na Comunidade

Um componente do movimento tendente a implantar ou reformar tribunais de pequenas causas tem sido, como já enfatizamos, o desejo de instalar tribunais para as pessoas comuns e suas demandas. Antes de partir para instituições mais especializadas é interessante examinar outro aspecto desse desejo — a tendência recente para instalar "tribunais vicinais de mediação", a fim de tratarem de querelas do dia-a-dia, principalmente questões de pequenos danos à propriedade ou delitos leves, que ocorrem entre indivíduos em qualquer agrupamento relativamente estável de trabalho ou de habitação.

Como exemplo importante desse movimento, o Departamento de Justiça americano anunciou recentemente o começo de uma experiência piloto de 18 meses com três "Centros Vicinais de Justiça"

(254).A tônica dessas instituições está no envolvimento da comunidade, na facilitação de acordos sobre querelas locais e, de modo geral, na restauração de relacionamentos permanentes e da harmonia na comunidade (255). De certa forma, essas propostas — e as experiências que se estão realizando nessa área(256) — destinam-se simplesmente a afastar dos tribunais certas questões menores, mas, noutro sentido, seu objetivo é mais ambicioso. Elas pretendem, segundo dois eminentes advogados das reformas nos Estados Unidos, reduzir "os custos extraordinários que os membros de nossa sociedade pagam hoje em razão da insuficiência dos mecanismos de solução de litígios interpessoais" (257).Em outras palavras, a finalidade principal consiste em criar um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes — embora da maior importância para aqueles indivíduos — e que eles nem podem solucionar sozinhos, nem teriam condições de trazer ao exame dos tribunais regulares. Espera-se que essa forma de solução de litígios, descentralizada, participatória e informal, estimulará a "discussão, em comunidade, de situações nas quais as relações comunitárias estejam em ponto de colapso"(258) Essa discussão poderia servir para educar a vizinhança sobre a natureza, origem e soluções para os conflitos que os assediam.

Embora a analogia talvez não seja perfeita, é interessante notar a semelhança entre essas novas reformas e experiências e o que agora já é a realidade bem estabelecida dos "tribunais populares" da China (259), de Cuba (260), e de muitos países da Europa Oriental (261), bem como da instituição do Nyaya Panchayat, na Índia (262). Os reformadores ocidentais estão, em realidade, examinando essas instituições em sua busca de mecanismos eficazes de solução de litígios, e é interessante atentar para o que pode ser aprendido através da experiência das cortes sociais do Leste Europeu, descrita nos relatórios do Projeto Acesso à Justiça, incluindo os "Tribunais de Camaradas" búlgaros e soviéticos (263) e as "Comissões Sociais de Conciliação" polonesas (264).

Essas cortes podem ter sua definitiva justificação teórica na doutrina Marxista do "desaparecimento do Estado", mas seu propósito explícito inicial é educativo: "moldar relações interpessoais adequadas" (265) Muito propositadamente eles estão localizados na vizinhança ou no local de trabalho. Funcionam com pessoas leigas eleitas na comunidade, não acarretam qualquer custo para as partes e detêm competência não exclusiva sobre certo número de pequenos delitos e litígios de propriedade (os tribunais situados em locais de trabalho tratam principalmente de infrações à disciplina laboral). Os "tribunais de camaradas" soviéticos e búlgaros também podem se manifestar sobre outros tipos de demandas civis de pequena monta, se ambas as partes aceitarem sua competência(266)

Devido a sua competência mais ampla, tanto civil quanto criminal, e a seu poder de exarar veredítos executáveis e impor uma série de medidas punitivas, tais como multas (267), o "tribunal de camaradas" soviético tem maior poder formal que seu equivalente polonês que tem de contar exclusivamente com a persuasão. As comissões polonesas não podem, por exemplo, obrigar alguém a comparecer ou aderir a sua decisão, embora um acordo de conciliação devidamente assinado tenha, pelo menos, a força de um contrato(268).

Essas diferenças são significativas tanto para o Leste Europeu, quanto para os reformadores do Acesso à Justiça em geral(269). Os autores do recente trabalho de campo sobre as Comissões de Conciliação Social polonesas para o Projeto de Florença enfatizam que existem três modelos de tribunais populares(270): (1) o modelo de "autogestão na administração da justiça", sob o qual "os membros da

comunidade, atuando volutariamente, solucionam casos que outros membros da comunidade queiram espontaneamente apresentar"; (2) o modelo de "agência de ordem social", sob o qual a ênfase é tolocada sobre o controle do comportamento, de sorte a alcançar a harmonia entre os residentes locais; e (3) o modelo "preparatório", no qual o principal papel dos tribunais populares é o de assessorar a administração estatal da justiça, especialmente os tribunais regulares. Embora todos os três modelos representem aspectos de tribunais populares existentes na Polônia, esses estudiosos concluem que o componente mais novo, importante e bem sucedido das Comissões de Conciliação Social é o primeiro modelo(271). Eles acrescentam que um maior desenvolvimento tanto do segundo modelo (que exigiria, entre outras coisas, que maiores poderes de sanção e socialização fossem atribuídos às agências — talvez à semelhança do que ocorre, por exemplo na Bulgária e na União Soviética), quanto do terceiro (o que sugeriria maior formalidade e maior executoriedade das decisões) seria prejudicial ao modelo de autogestão. Essa experiência polonesa nos ensina, portanto, a examinar cuidadosamente os objetivos e táticas das recentes propostas de reformas. Objetivos tais como desviar as disputas dos tribunais, a execução do direito estatal e a construção de uma verdadeira justiça vicinal, não se encontram necessariamente em harmonia entre si (272). As relações com a vizinhança, com o sistema judiciário formal e com instituições tais como a polícia, precisam ser cuidadosamente elaboradas, ou a reforma corre o risco de não agradar a ninguém.

Apesar de alguma experimentação inicial, o potencial desse tipo de reforma em nosso mundo ocidental permanece incerto, Um autor chegou a sugerir que isso se deve ao fato de que a maior parte dos indivíduos ocidentais são muito "móveis" para que tais órgãos vicinais possam ser úteis na solução de litígios pessoais(273) Ademais, pode ser que as propostas para discussões ou mediadores vicinais não alcancem os principais problemas que as pessoas enfrentam, uma vez que esses problemas podem envolver litígios com instituições fora do contexto da vizinhança (274)No entanto, é possível que essas novas reformas acrescentem uma nova dimensão a nossas vizinhanças. Existem, apesar de tudo, áreas estáveis mesmo em nossos centros urbanos, e tem-se manifestado claramente, em muitos lugares, um interesse renovado, refletido na experiência francesa do Conciliateur local, em desenvolver e preservar as comunidades vicinais(275). Tribunais vicinais bem organizados, atendidos principalmente por pessoal leigo, podem auxiliar a enriquecer a vida da comunidade, criando uma justiça que seja sensível às necessidades locais.

<u>3 — Tribunais Especiais para Demandas de Consumidores</u>

Ainda mais diretamente relacionadas ao movimento de pequenas causas são as reformas — de iniciativa pública ou privada — que criam organismos e procedimentos especiais para demandas de consumidores (276). Sem dúvida, o evidente fracasso da maior parte dos tribunais de pequenas causas no sentido de promover uma solução eficaz para os consumidores prejudicados tem desencadeado essa atitude, Não é necessário dizer que existem numerosas possibilidades para estruturar os mecanismos de defesa do consumidor. Apenas alguns serão mencionados aqui.

a) Mecanismos que enfatizam a persuasçã mais que a coerção – solução das demandas dos consumidores através dos meios de comunicação.

Uma reforma de iniciativa particular, recentemente implementada e do maior interesse, com relação aos direitos dos consumidores, é o que pode ser chamado de “solução pela imprensa”(277). Muitas estações de rádio e de televisão e alguns jornais em lugares como o Canadá, a Inglaterra e os Estados Unidos recebem queixas dos consumidores, encaminham-nas a outras agências, investigam diretamente algumas e tentam utilizar a arma da publicidade adversa para obter resultados em favor de consumidores que tenham sido prejudicados. O relatório norte-americano para o Projeto de Florença afirma que, “por equilibrar o poder de barganha das partes, o poder da imprensa dilui a vantagem que as grandes corporações normalmente levam face ao consumidor individual” (278). Na prática, tem havido êxitos notáveis com esse método (282) e o Major Appliance Consumer Action Panel nos Estados, apesar de algumas limitações óbvias(279). Ainda que certamente não Unidos(283). Outras fórmulas, com maior ou menor participação da imprensa, que talvez sejam um substituto para soluções públicas mais sistemáticas, incluem as Comissões da Liga de Consumidores da Holanda, programas que têm grande potencial no auxílio aos consumidores.

b) Arbitragem privada de demandas do consumidor.

Os esquemas de arbitragem para demandas dos consumidores também têm proliferado em resposta às demandas do público, por dispositivos acessíveis de solução de litígios. Muitos dos mais importantes desses esquemas são promovidos pelas empresas, baseando-se, para sua eficácia, “no próprio interesse dos empresários, em termos de prosperidade e reputação no seio da comunidade empresarial” (280). Dentro dessa categoria, por exemplo, estão os novos programas americanos e canadenses intitulados Agências de Melhores Negócios, estabelecidos em 1972 e 1974, respectivamente, o sistema germânico de arbitragem para questões surgidas em relação a reparos de automóveis (SchiedssteilefurdasKraftfahrzeughandlanda) (Consumentenbond)(284) e os sistemas de arbitragem para consumidores propostos pelo Diretor Geral da Auto-regulamentação do Comércio (Pair Trading) da Grã-Bretanha (285).

Esses planos variam consideravelmente tanto no estilo dos procedimentos de tomada de decisão (escrita ou oral, mediação ou arbitramento, quanto no tipo de tomada de decisão que eles utilizam; essas diferenças podem ser muito importantes, mas não precisam ser detalhadas aqui. Note-se que todos esses planos são muito baratos ou de todo sem custos para o consumidor, além de muito rápidos e informais; eles freqüentemente também oferecem a possibilidade de decisões por especialistas treinados (286).

Uma limitação geral básica, denominada “fraqueza congênita” por um comentarista francês(287), está em que as partes ou concordam em submeter o litígio à arbitragem ou têm de se conformar a uma decisão sem efeito executório (288). Por exemplo, o Major Appiiance Consumer Action Panel dos Estados Unidos pode apenas oferecer uma recomendação em relação às queixas do consumidor (289), e o sistema de arbitragem germânico só é viável se as partes acordam, por escrito, com a sua utilização (290). No entanto, têm sido encontrados meios de minimizar essa fraqueza. Por exemplo, na Inglaterra, o Diretor Geral de Auto-Regulamentação Comercial (Pair Trading) recomenda que as indústrias adotem códigos de prática, postos em vigor por esquemas de arbitragem previamente aceitos como vinculativos (291). Dessa forma qualquer consumidor pode, por sua própria iniciativa, utilizar favoravelmente o sistema de arbitragem. Do mesmo modo, com relação às comissões holandesas e aos esquemas americano e

canadense, acordos gerais podem colocar à disposição do consumidor a arbitragem de que resulte decisão exeqüível (292).

Uma segunda crítica geral, relacionada à legitimidade desses programas, levanta problemas ainda mais sérios, embora em teoria também não insuperáveis. Com exceção das comissões holandesas, todos os programas de arbitramento acima são mantidos e operados pelas indústrias envolvidas. Embora monitorados por observadores imparciais e com resultados aparentemente bons(293), o ceticismo a respeito dos programas é compreensível e de certa forma inevitável. O relatório norte-americano, referindo-se ao esquema do Bureau de Melhores Negócios, observou: "os consumidores duvidam que ele possa ser dirigido ao interesse público, sendo como é, controlado e administrado pelos próprios interessados 'oponentes' "(294). Teme-se a parcialidade não apenas nas decisões individuais, mas também na adoção de parâmetros gerais que nortearão a conduta dos homens de negócios.

Programas eficientes poderão, com o tempo, superar a descrença, mas os programas que demonstrem real sucesso na equalização das partes e na luta pelos direitos dos consumidores, provavelmente, ficarão limitados aos poucos grupos de indústrias suficientemente bem organizados, que concordem previamente em submeter-se a esses esquemas(295).

Segundo a recente afirmação de um comentarista, "infelizmente programas agressivos de defesa do consumidor desencorajam um apoio efetivo dos comerciantes"(296). O potencial desse tipo de solução é, portanto, necessariamente limitado. No entanto, num quadro mais amplo de um sistema pluralístico de possibilidades, esses esquemas privados, tal como a utilização dos meios de comunicação, têm algo com que contribuir para a garantia dos direitos dos consumidores.

c) Programas governamentais de solução dos conflitos de consumidores.

As recentes experiências de proteção aos consumidores demonstram que a arbitragem governamental das demandas deles podem evitar os problemas básicos dos programas particulares — relacionados à legitimidade e ao grau de participação das partes interessadas — ao mesmo tempo em que assegura as vantagens de baixo custo, celeridade e especialização. As vantagens do envolvimento público já são, de fato, reconhecidas nas experiências particulares mencionadas acima. As agências governamentais encorajam e, até certo ponto, supervisionam os programas particulares, pelo menos no Canadá e nos Estados Unidos (297). Deve-se fazer menção, entre os programas exclusivamente públicos, da experiência francesa das "Comissões Departamentais de Conciliação", que começaram a operar experimentalmente no final de 1976(298), e, também, da instituição mais bem estabelecida do "Departamento Público de Reclamações", o qual, conforme demonstraram recentes pesquisas levadas a efeito na Suécia(299) e na Dinamarca(300), podem contribuir com muito para um sistema compreensivo de proteção ao consumidor.

As Comissões de Conciliação para Queixas dos Consumidores, da França, foram estabelecidas experimentalmente em apenas seis (dentre os 95) departamentos franceses, mas os resultados têm sido tão bons que, por volta de novembro de 1977, o sistema foi estendido a todo o país (301). Ele envolve uma série de procedimentos simples que começam com uma carta à "caixa postal 5000" e culminam, se necessário, com uma audiência perante uma comissão composta pelo Diretor Departamental de Concorrência (Comercial), um representante dos consumidores e outro das organizações profissionais. A

comissão busca ter acesso aos aspectos técnicos do problema e propor uma solução apropriada, a qual, embora não precise ser adotada pelas partes, tem sido geralmente aceita, como demonstra a experiência.

O Conselho Público de Reclamações da Suécia, que, depois de um período de teste foi consideravelmente ampliado em 1974, é descrito, com algum detalhe, num relatório do Projeto Acesso à Justiça(302), mas seu especial interesse faz com que ele mereça menção aqui. O Conselho Público de Reclamações, que atualmente tem uma jurisdição não exclusiva sobre virtualmente todas as reclamações dos consumidores contra comerciantes, com relação bens e serviços, desenvolveu-se a partir da experiência sueca com departamentos particulares de reclamação, semelhantes aos que foram descritos na seção anterior. As características básicas dos departamentos particulares — os procedimentos de registro escrito e o cunho não obrigatório das decisões — foram mantidas, mas a manutenção, fiscalização, objetivos e a composição das comissões decisórias foram significativamente alterados. Atualmente, existe um desses Conselhos em Estocolmo, composto de dez departamentos especializados (303). Cada departamento é composto de cerca de seis a dez membros e tem igual número de representantes dos consumidores e comerciantes, bem como um juiz-presidente neutro. As decisões se fazem por maioria, embora, na prática, geralmente sejam unânimes. Pensava-se evitar, através da composição e procedimento do Conselho, as ingerências que tendem a manifestar-se não apenas nas decisões individuais tomadas nos departamentos particulares, mas também nos parâmetros substantivos aplicados por esses departamentos. Do Conselho espera-se que seja capaz de desenvolver um conjunto de regras, a respeito da conduta mercantil e dos padrões dos produtos, as quais sejam tanto tecnicamente viáveis quanto justas (304).

Além disso, o Conselho é dotado de um Secretariado, também sediado em Estocolmo e atualmente composto por 25 pessoas (a maior parte das quais com formação jurídica). O Secretariado aconselha as partes (e o público em geral) e objetiva encontrar soluções para os casos trazidos perante o Conselho. Ambas as tarefas, de aconselhamento e de conciliação, são de crescente e considerável importância (305).

O Conselho Público de Reclamações resolve com muita presteza e praticamente sem custos as reclamações. Ele se notabiliza por sua habilidade em usar sua experiência tanto para auxiliar os consumidores informalmente quanto para examinar imparcialmente as disputas dos consumidores, as quais podem ser muito complexas e altamente técnicas. Mesmo que suas decisões não sejam obrigatórias, tem havido plena aceitação delas em pelo menos 80% dos casos(3O6). A aceitação é estimulada pela publicação de uma “lista negra” dos empresários que deixam de atender às decisões dentro do prazo de seis meses.

As vantagens do Conselho Público de Reclamações são evidentes, mas existem também algumas notáveis limitações aparentes. Ele é centralizado em Estocolmo, baseia-se exclusivamente no procedimento escrito e, portanto, não pode ouvir testemunhas; além disso, suas decisões não são exeqüíveis(307). Os políticos suecos reconheceram — e na realidade planejaram — essas limitações, por terem imaginado essa instituição não para atuar isoladamente, mas, antes, para complementar os recentemente estabelecidos “tribunais de pequenas causas”(308). Um consumidor que obtenha uma recomendação favorável do Conselho, pode dirigir-se a um tribunal de pequenas causas, independentemente do valor da demanda. A decisão do Conselho será considerada como prova. Embora isso não tenha ocorrido freqüentemente, na prática, os tribunais de pequenas causas podem solicitar ao

Conselho pareceres em questões técnicas. Mais importante, como assinalamos acima, é o fato de que os tribunais de pequenas causas estão disponíveis para auxiliar os consumidores enquanto réus, podendo, também, ser utilizados para decidir causas que envolvem questões de credibilidade, ou para as quais o procedimento escrito seja inadequado. Muito significativamente, o Secretariado do Conselho Público de reclamações se dispõe a auxiliar o consumidor a decidir se sua causa deve ser apresentada perante o Conselho.

A idéia de Conselhos Públicos de Reclamações, conseqüentemente, é promissora desde que considerada como parte de um sistema integrado de defesa do consumidor. Sem dúvida, as inovações suecas; no sentido da criação de tribunais e procedimentos eficientes para os consumidores individuais, também estão em estreita relação com o mandato do Ombudsman do Consumidor para proteger os interesses dos consumidores, enquanto classe (309). Considerando os interesses dos consumidores, seja como indivíduos, seja como grupo, bem como as características particulares das disputas entre consumidores e empresários, o sistema sueco ilustra de forma excelente o potencial do enfoque de acesso à justiça, nas causas de consumidores.

4 — Mecanismos Especializados para Garantir Direitos “Novos”

a) Causas relativas ao meio-ambiente — as experiências japonesas em outras áreas do Direito

A análise dos tribunais de pequenas causas, tribunais populares e orgãos de proteção aos consumidores sublinha os aspectos principais e cobre grande parte da recente atividade reformista envolvidos no esforço de criar mecanismos novos para os tipos de demandas que se tornaram o ponto focal do movimento de acesso à justiça. É preciso recordar que a ênfase tem sido dada no sentido de tornar efetivos os direitos substantivos relativamente novos, de que as pessoas desprovidas de poder agora dispõem (pelo menos em teoria) contra os comerciantes, poluidores, empregadores, locadores e burocracia governamental. Tem sido dirigida muita atenção aos tribunais de pequenas causas e tribunais de consumidores, como meio de promover esses direitos novos. O que tem surgido com crescente intensidade é um novo enfoque de procedimento civil, destinado a atrair indivíduos que, de outra maneira, não reclamariam seus direitos, e dar-lhes uma oportunidade real de defini-los perante um órgão informal, mas sensível a esses direitos em evolução. Por outro lado, o enfoque levou à criação de meios para a reconciliação das partes envolvidas em relações quase permanentes que, de outra forma, seriam postas em perigo.

Certo número de enfoques, altamente especializados, estão emergindo de outros tipos de litígios entre indivíduos, com causas de valores relativamente pequenos, de um lado, e poderosos litigantes organizacionais, de outro. Sem tentar exaurir o tema, baseados principalmente nos relatórios nacionais do Projeto de Florença, descreveremos alguns desses promissores experimentos. Nosso objetivo será o de indicar algumas das importantes reformas procedimentais que continuam perseguindo o objetivo de apoiar o indivíduo em suas relações com as grandes corporações, a burocracia governamental e outras entidades mais ou menos poderosas e organizadas (310).

Diz o Relatório Japonês do Projeto de Florença:

> As causas relativas à poluição ambiental estão entre os tipos mais difíceis de litígios a serem solucionados nos tribunais, na forma do procedimento tradicional. Elas envolvem grande número

> de pessoas e problemas científicos de difícil solução. Os procedimentos ordinários têm-se mostrado inadequados em razão do tempo, recursos e conhecimento especializado que este tipo de causa normalmente exige. (311)

As causas relativas ao meio ambiente têm dimensão tanto coletiva, "difusa", quanto individual, e ambas as dimensões têm sido tratadas em termos gerais no presente estudo. Os remédios aplicáveis aos interesses difusos — característicos da "segunda onda" das reformas de "acesso à justiça" — têm relevância particular com relação aos problemas ambientais(312), mas as soluções e fórmulas aplicáveis às pequenas causas podem ser muito importantes para os indivíduos prejudicados por poluidores, uma vez que seu prejuízo individual, se houver, será provavelmente pequeno.

A natureza altamente técnica das causas ambientais pode levar à maior especialização. No Japão, em particular, novos métodos têm sido criados para manejar tanto os aspectos difusos quanto individuais dos problemas ambientais. A lei japonesa para a Solução de Litígios sobre Poluição Ambiental, de 1970, adotou muitas reformas interessantes, poucas das quais podem ser discutidas aqui(313). O mais importante de tudo é que ela deu ao indivíduo agravado o direito de, com despesas mínimas, apresentar sua queixa perante uma das Comissões locais ou central para a Solução de Litígios sobre Poluição Ambiental. Essas comissões levam a efeito investigações técnicas especializadas, sem custo para as partes, e usam suas conclusões num amplo espectro de alternativas de solução de litígios, que incluem a conciliação, o arbitramento e uma forma de decisão quase judicial(314). Ademais, os recursos de investigação da Comissão Central podem ser requisitados por qualquer tribunal, sempre que o relacionamento fático entre os danos de um requerente e as atividades do requerido envolvam hipótese de litígio ambiental. De acordo com o relatório japonês, a disponibilidade desse procedimento pode alterar o caráter dos litígios ambientais: "primeiro, o requerente não suporta o ônus da produção de prova de caráter científico e alto custo; segundo, os poderes e recursos investigatórios da Comissão podem ser plenamente utilizados, proporcionando, dessa forma, os meios e o poder que geralmente faltam às vítimas" (315). Finalmente, o sistema japonês de proteção ambiental inclui métodos para ações representativas, comparáveis às Class Actions, e proporciona atendimento por Conselheiros sobre Poluição Ambiental" (316).

O resultado disso é que as pessoas comuns dispõem de vários órgãos nos quais podem acionar os poluidores, e acesso, sem custos, ao aconselhamento e experiência técnica para assessorá-los nas demandas. Ademais, como é especialmente importante para problemas ambientais, os indivíduos não são isolados de outros em situação semelhante. Naturalmente, ainda não está claro se uma nova estrutura nos moldes da japonesa é essencial para a proteção dos direitos ambientais, mas essa experiência criativa certamente merece ser cuidadosamente observada pelos reformadores.

b) Litígios entre inquilinos e proprietários — A experiência canadense.

Na área dos locadores e locatários, merecem referência muitas inovações recentes, destinadas a assegurar que a regulamentação jurídica, em constante evolução, seja implementada na prática (317). A primeira é o instituto canadense de "Rentaisman" (Homem dos Aluguéis), criado em 1971 em Manitoba (318), e em 1974, na Colúmbia Britânica (319), com o objetivo de proporcionar um órgão eficiente, acessível e barato para os litígios entre senhorios e inquilinos. Os Rentaismen são indivíduos nomeados pelos governadores, mediante indicação dos conselhos executivos de cada uma das províncias. Na Colúmbia Britânica, onde o

cargo é especialmente importante devido à jurisdição ampla e exclusiva confiada ao Rentaisnian, ele detém o posto por cinco anos e dirige uma equipe de 30 pessoas sediada em Vancouver.

Reconhecendo a necessidade de conjugar o conhecimento especializado das novas leis de inquilinato, à sensibilidade com que devem ser tratadas as relações duradouras entre locador e locatário, esses escritórios dão ênfase ao aconselhamento e à mediação. Funcionários especializados fornecem informações em resposta a consultas telefônicas, conduzem investigações a respeito dos fatos subjacentes aos litígios e buscam persuadir as partes no sentido de os resolverem de forma amigável. Em relação aos poucos casos em que não se consegue uma solução amigável, o funcionário encarregado pode realizar audiências e decidir (com recurso, na Colúmbia Britânica, ao Rentalsman)(320). O processo como um todo é rápido e barato, e os advogados, embora não seja proibida a sua participação, são raramente utilizados. O relatório canadense observa que o baixo custo e a informalidade encorajam as pessoas, "que normalmente não compareceriam perante um tribunal", a demandar seus direitos através desse novo processo (321).

O uso e a popularidade crescente desses serviços é uma evidência do sistema (de outubro de 1974 a junho de 1976), na Colúmbia Britânica foram atendidas cerca de 400.000 consultas e resolvidas cerca de 19.000 questões, sob os auspícios dessa entidade (322).

Ainda que uma avaliação sistemática dessa instituição, orientada no sentido de estimular as soluções de compromisso entre as partes, exija maior estudo, pode-se dizer que esse tipo de mecanismo especializado e informal tem considerável potencial para a solução dos litígios entre locadores e locatários. Essa instituição e outras semelhantes, no Canadá, têm ido muito longe, tanto na tarefa de informar locatários e senhorios a respeito de seus direitos e deveres, quanto na de proporcionar-lhes um fórum onde suas disputas possam ser solucionadas rapidamente e sem despesas. Essas instituições têm procurado preservar as relações duradouras entre as partes, ao mesmo tempo em que tornam realidade as novas e relativamente complexas leis de inquilinato. Segundo o relatório canadense, "esses novos mecanismos de equilíbrio têm efetivamente reorientado as relações de locação" (323).

c) Os Litígios de Inquilinato — O Tribunal de Habitação da Cidade de Nova lorque.

A ênfase que se verifica na experiência canadense, onde se prefere utilizar a conciliação em vez do arbitramento ou das decisões, é também compartilhada pelo interessante Tribunal de Habitação da Cidade de Nova lorque, estabelecido no final do ano de 1973 (324). Embora sua competência não seja exclusiva (o que significa que uma das partes pode deslocar o caso para os tribunais regulares), com a concordância das partes ele pode resolver todos os tipos de questões que surgem entre inquilinos e locadores na cidade de Nova lorque.

Os funcionários encarregados — advogados escolhidos por seu conhecimento do setor imobiliário — solucionam a maior parte dos casos. A sua atitude ativa torna-se evidente através do fato de que eles examinam cuidadosamente as questões de despejo sumário apresentadas pelos locadores — e que constituem a maior parte dos processos no Tribunal de Habitação — e, freqüentemente, revelam matéria de defesa para os locatários, com base em infrações ao Código de Habitação. Dessa forma, eles auxiliam os locatários a tomarem ciência de que detêm novos direitos a determinados padrões de habitação. A ênfase na conciliação, a segunda característica básica que eles compartilham com o sistema

canadense, evidencia-se no fato de que apenas em 20% dos casos se torna necessário proferir uma decisão (325).

O Tribunal de Habitação da Cidade de Nova lorque ainda não foi objeto de intensa pesquisa empírica, mas seu potencial já foi demonstrado. Sua atuação, de acordo com o relatório americano do Projeto de Florença, resultou na restauração de mais de 7.000 unidades habitacionais consideradas abaixo dos padrões exigíveis, nos seus seis primeiros meses de atuação. E a demanda, por seus serviços, torna-se evidente pelo fato de que, quando inaugurou suas atividades em 1973, já havia 550 casos aguardando por ele (326). Embora tenha havido alguns problemas de entrosamento com os funcionários da municipalidade (327), a contribuição dessa instituição, no sentido de melhorar a situação extremamente complexa de habitação no Estado de Nova Iorque, tem sido notável. Ela ajuda a demonstrar o potencial cada vez mais reconhecido dos tribunais habitacionais especializados.

d) Litígios de Direito Administrativo — A proliferação da Instituição do Ornbudsman.

Os litígios entre os indivíduos e o governo a respeito de temas tais como o direito a certos benefícios sociais, são de interesse óbvio no "estado de bem-estar social"(328). Essas causas geralmente levantam o problema da "justiça discricionária": como controlar a conduta dos administradores e promover remédios para as vítimas de abusos da arbitrariedade administrativa. Controlar o grau de discricionariedade é um dos desafios básicos de nosso tempo (329).

Os relatórios do Projeto de Florença mostram o reconhecimento geral da necessidade de adaptar a máquina administrativa aos litígios que, como enfatizam os juízes Bender e Strecker, envolvem "partes que em princípio, são desiguais — ou seja, de um lado, indivíduos e, de outro, os detentores do poder público"(330) É também notável que além dos diversos sistemas nacionais de tribunais administrativos e controle administrativo(331), a instituição complementar do ombudsman (mais ou menos modelada a partir do Ombudsman sueco, estabelecido em 1809) está sendo utilizada eficientemente num número crescente de países. As já conhecidas atividades do ombudsman não precisam ser descritas aqui (332), mas é significativo que instituições semelhantes tenham sido recentemente estabelecidas na Austrália (333), na Áustria (334), no Canada (335),na França (336), na Grã-Bretanha (337), em Israel (338) e nos Estados Unidos (339). No Canadá, de fato, tem havido uma bem sucedida Companhia de Telecomunicação do Ombudsman Canadense, desde 1974, cujo programa de televisão é aparentemente ouvido por 10% ou mais da população adulta daquele país (340). Está claro, dessa forma, que a idéia de um protetor independente do público, armado com instrumentos de investigação e publicidade, está ganhando aceitação crescente e acrescentando um método importante de proteção para os indivíduos e para o público em geral, contra os abusos dos administradores.

e) Litígios Individuais do Trabalho — a Reforma Italiana de 1973.

Tal como no Direito Administrativo, existe uma renovada atenção em muitos países para o problema de fazer valer os direitos individuais no campo trabalhista, seja contra uma empresa, um governo ou mesmo um sindicato. Embora as várias tentativas, discutidas nos relatórios nacionais para o Projeto de Florença (341), não possam ser enfocadas aqui (342), é preciso mencionar a importante reforma trabalhista de 1983, porque — ao contrário das dificuldades encontradas na implementação de outras reformas na Itália, especialmente nos campos do aconselhamento jurídico e do procedimento civil em geral(343)— ela ilustra um esforço dramático para melhorar as condições de acesso à justiça em uma área do Direito

(344).Essa reforma contrasta como procedimento civil comum, porque ela se concentra no procedimento de primeira instância, utiliza um só juiz (o pretor), dá-lhe amplos poderes e simplifica os procedimentos. Existem possibilidades de assistência judiciária, patrocinada pelo Estado, bem como medidas especiais para assegurar que os recursos — cujo âmbito foi restringido — não retardem o pagamento das somas devidas a um empregado. Embora ainda não se tenha feito uma avaliação completa, esse novo procedimento parece já ter dado um passo à frente na direção de tornar “o direito ao acesso âjustiça concreto e efetivo para os trabalhadores” (345).

D — MUDANÇAS NOS MÉTODOS UTILIZADOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS

A mesma filosofia que inspira a criação de procedimentos especializados no sentido de auxiliar as pessoas comuns a fazer valer seus direitos — contra comerciantes, empregadores, poluidores, locadores, a burocracia governamental, etc. — também orienta as reformas que serão discutidas nessa seção. Essas reformas reconhecem que, apesar dos esforços (tornados necessários pelas dificuldades econômicas e outras razões) para minimizar a necessidade de atuação de advogados para a defesa dos direitos do cidadão comum, a assistência e a representação continuarão a ser importantes em muitos casos complicados. Além disso, a assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas, tanto governamentais quanto particulares, que afetam suas vidas. Daí surge a questão básica de como tornar a assistência jurídica de alta qualidade acessível a todos, o que dela fez, como é fácil compreender, um ponto focal para os reformadores do acesso à justiça. Charles Baron, antigo diretor do Centro Norte-Americano para Consumidores de Recursos Jurídicos, notou: “pode-se dizer que existe agora um ativo movimento de consumo dos serviços jurídicos nos Estados Unidos, que está interessado em causas que permeiam todos os aspectos da profissão jurídica” (346). Para mencionar apenas mais um exemplo: A recentemente criada Comissão Real sobre Serviços Jurídicos, da Inglaterra — destinada, entre outras coisas, a debater se “são desejáveis (mudanças) no interesse do público, na estrutura, organização e treinamento” da profissão jurídica — demonstra claramente essa nova disposição de questionar os métodos, organização e mesmo o controle da profissão e de seu exercício (347).

Dois enfoques básicos à reforma da prestação dos serviços jurídicos já foram vistos nesse relatório. Um enfoque, cada vez mais evidente, nos procedimentos especializados que discutimos, consiste em desenvolver substitutos mais especializados e menos dispendiosos que os advogados individuais. Muitos tribunais de pequenas causas, por exemplo, proporcionam aconselhamento jurídico que torna desnecessária a presença de advogados (348). Um fenômeno importante e que merece maior atenção, é a proliferação de pessoal paraprofissional. Um segundo enfoque, que já apareceu quando examinamos o sistema sueco de assistência jurídica, está em encontrar novos meios para tornar os profissionais altamente qualificados, acessíveis às pessoas comuns (349). Esses métodos incluem planos de “seguro” ou serviços jurídicos “em grupo”. Evidentemente, esses dois enfoques (algumas vezes complementados por outras importantes atividades que têm por objetivo reformar a prestação de serviços

jurídicos, tais como o levantamento das restrições à propaganda (350) e o esforço de criar “clínicas jurídicas” nos Estados Unidos (351) podem ser combinados num esforço para reunir as vantagens de ambos.

1 — O Uso dos “Parajurídicos”

Os “parajurídicos” — assistentes jurídicos com diversos graus de treimamento em Direito — assumiram nova importância no esforço de melhorar o acesso à justiça. É cada vez mais evidente que muitos serviços jurídicos não precisam necessariamente ser executados por advogados caros e altamente treinados. O “Rcchtspfleger” alemão, por exemplo, é um funcionário-juiz paraprofissional que, entre outras coisas, tem papel importante no aconselhamento daqueles que necessitam preparar suas demandas judiciais (352). Desde 1970, os parajurídicos têm sido crescentemente utilizados, principalmente nos Estados Unidos, para fazerem pesquisa, entrevistar clientes, investigar as causas e preparar os casos para julgamento (353).

Como foi assinalado na discussão sobre os tribunais de pequenas causas, Os “advogados leigos”, onde não sejam proibidos de atuar, por estatutos que vedem o “exercício ilegal da profissão”, estão-se tornando importantes em muitas áreas jurídicas. Os “McKenzie Men” da Inglaterra, por exemplo, refletem essa tendência (354).

O potencial dos parajurídicos pode ser também demonstrado por um importante exemplo alemão. A Federação dos Sindicatos de Trabalhadores Alemães (Deu tsdrer Gewerkschaftbrtnd: DGB) utiliza os parajurídicos num programa destinado a servir seus sete milhões de membros (355). Funcionários especialmente treinados (RechtsskretSre), através de um programa de onze meses, numa escola localizada em Frankfurt e dirigida pela DGB, proporcionam serviços jurídicos aos membros dos sindicatos, em áreas tais como: emprego, segurança social, benefícios aos veteranos e imposto de renda. Além de aconselhamento jurídico e serviços semelhantes os funcionários, quando necessário, até mesmo representam os trabalhadores perante a justiça do trabalho (Arbeitsgerichte) (356). Essa eficiente utilização dos parajurídicos, especialmente permitida pelas normas alemães que cogitam do exercício ilegal da profissão (357), demonstra como os parajurídicos podem contribuir para o movimento de acesso à justiça (358). Existem, naturalmente, muitas questões relacionadas ao nível de treinamento e a aceitabilidade as quais precisam ser resolvidos antes que o potencial dos parajurídicos possa ser constatado; mas é evidente que muitas funções, que eram tradicionalmente exclusivas dos advogados, não mais precisam sê-lo.

2 — O Desenvolvimento de Planos de Assisténcia Jurídica Mediante “Convénio”ou “em Grupo”

Os desenvolvimentos de planos de assistência jurídica mediante “convênio” ou “em grupo”, nos anos mais recentes, estão entre as reformas de mais amplo alcance, aqui discutidas. Nessa área encontramos planos e propostas audaciosos com o objetivo de tornar os advogados acessíveis, mediante custos razoáveis aos indivíduos das classe média e baixa, cujos direitos e interesses têm sido nosso foco central. Sem dúvida, já que é inevitável que tenhamos um número sempre crescente de conflitos jurídicos,

essa tentativa de promover o acesso aos advogados pode, na realidade, complementar as reformas que tendem a dispensar a necessidade de advogados (359). Ambos os tipos de reforma são essenciais para reivindicar eficientemente os "novos" direitos dos indivíduos e dos grupos.

Embora a terminologia ainda não esteja claramente definida, "planos de convênio para serviços jurídicos" podem ser descritos, em traços gerais, como mecanismos através dos quais os indivíduos concorrem com algo semelhante a uma contribuição social ou um prêmio de seguro, para obterem, sem custos, ou com custos reduzidos, alguns serviços jurídicos pré-determinados, quando surja a necessidade de utilizá-los, O objetivo consiste em distribuir o risco entre todos aqueles que pagam essa mensalidade ou prêmio (360). Os planos em grupo também podem ser pagos antecipadamente, no sentido de que também envolvem a distribuição dos riscos. Podem, no entanto, simplesmente representar uma relação pela qual os serviços jurídicos se tornem disponíveis, aos membros de um determinado grupo, mediante uma contribuição reduzida (361).

O potencial desses planos é enorme, considerada a "economia de escala, o uso dos advogados tanto para prevenção, quanto para solução de casos, a divisão dos riscos entre os membros do grupo e, dependendo da clientela em questão, a definição de parâmetros no processo de negociação dos benefícios e custos de um plano" (362), Uma distinção básica entre esses planos — e a fonte de muitos debates — diz respeito à capacidade do participante para escolher seu próprio advogado. O sistema aberto, geralmente, tem como característica a escolha relativamente livre de advogado que, então, é pago pelo plano, enquanto os sistemas "fechados" restringem, em maior ou menor grau, essa escolha e um determinado número de advogados. Existem, naturalmete, inúmeras gradações entre um e outro sistema.

Os países europeus têm tido uma experiência longa e crescentemente positiva com o "seguro de despesas jurídicas", ou seja, planos de assistência jurídica, pagos antecipadamente e com sistema de livre escolha do profissional, operados por companhias de seguros (363).Esse tipo de seguro surgiu inicialmente como uma decorrência das políticas de seguros contra acidentes de automóvel, no início do século. A cobertura para automóveis ainda é o componente mais importante, mas um amplo espectro de coberturas podem ser atualmente obtidas em diversos países, especialmente na Alemanha e na Suíça (364). Por prêmio relativamente baixo, um operário alemão e sua família podem receber cobertura para despesas jurídicas decorrentes da propriedade e utilização de um automóvel, da propriedade de um imóvel, da indenização por danos, para defesa criminal, para causas trabalhistas ou de seguridade social, de direitos contratuais e de causas de direito de família ou de sucessões (365).

A importância crescente do seguro jurídico torna-se evidente pelo volume sempre maior de transações realizadas(366), bem como pelo fato de que, em 1974, o Lloyd's de Londres decidiu ingressar nesse campo e tornar tal seguro acessível pela primeira vez na Grã-Bretanha (367). Além disso, esses esquemas despertaram a atenção de muitas pessoas preocupadas com o problema do acesso à Justiça. A discussão a respeito do potencial do seguro para despesas jurídicas, na Europa, tornou-se recentemente um aspecto importante do movimento de acesso à justiça, que ali tem lugar (368). Isso advém do fato de a cobertura, ampliada por custos relativamente baixos, auxiliar, sem dúvida alguma, a tornar a máquina jurídica mais acessível àqueles que detenham tal seguro (369).

Já foi sugerido, no entanto, que o sistema privado europeu de seguro para despesas jurídicas, com objetivo de lucro e livre escolha, talvez não seja o melhor tipo de serviço jurídico de grupo. A

objeção é a mesma que já foi encontrada na comparação entre os sistemas “judicare” e “staff attorney” de assistência judiciária(370), ou seja, os planos de livre escolha deixam a critério do indivíduo distinguir quando é desejável uma providência jurídica, quando serão úteis os serviços de um advogado e qual advogado constitui a melhor escolha. Além disso, é evidente que os lucros da seguradora dependem de sua capacidade de prever e planejar o número de causas que serão apresentadas. Normalmente, essa previsibilidade diz respeito aos atos fortuitos, porém não às ações intencionais dos requerentes. Logo, se esses planos não quiserem arriscar ou destruir sua viabilidade financeira, eles dificilmente buscarão educar as pessoas em relação aos seus direitos, encorajá-las a fazerem “revisões de seus negócios sob o aspecto jurídico” e estimular a atividade jurídica — o que, presumivelmente, auxiliaria a reduzir as barreiras colocadas pela capacitação das partes a um acesso efetivo nas áreas das quais nos ocupamos (371).

Muitos reformadores acreditam que planos fechados podem evitar ou pelo menos minimizar esses problemas. Planos fechados podem permitir aos advogados desenvolver especializações que permitam reduzir custos. Os parajurídicos podem ser eficientemente utilizados para lidar com os aspectos de rotina de certos tipos de problemas jurídicos. Em troca da condição de que o assunto será tratado por um determinado grupo de advogados, o plano poderá negociar um prêmio mais reduzido. É possível esperar, portanto, que, apesar da estimulação da demanda jurídica, os planos fechados sejam capazes de manter os prêmios em valores reduzidos (372).

Apesar da oposição inicial das entidades associativas dos advogados, está emergindo nos Estados Unidos a preferência pelos planos fechados, operados sem fins comerciais ou por grupos subsidiados pelas contribuições dos membros dos sindicatos de trabalhadores (373). Esses planos fechados implicam maior reorganização dos sistemasjurídicos do que os sistemas abertos, uma vez que a sua adoção desafia a idéia tradicional de que um advogado, pago por uma organização para atender a um indivíduo, não será suficientemente independente para dar sua total dedicação aos interesses do cliente que ele representa (374). Além disso, os planos fechados — com ênfase na especialização — estão tomando a dianteira na utilização de pessoal parajurídico para tratar de problemas de rotina (375).

Inúmeras experiências estão agora tendo lugar nos Estados Unidos, com diversos tipos de planos (indusive com alguns planos abertos) e parece, que, depois de aproximadamente uma década de incerteza, esses serviços jurídicos estão finalmente começando a preencher seu potencial no sentido de implementar o acesso à justiça para as classes média e baixa (376). Ao contrário dos planos europeus de seguro jurídico, esses planos emergentes tendem a enfatizar a “prevenção” e a educação a respeito dos direitos dos cidadãos(377). Tem sido mesmo afirmado que esses planos serão capazes não só de prover a representação para os indivíduos, mas também de promover os interesses difusos do grupo (378). Certamente, tais reformas podem com eficácia mobilizar os indivíduos — pelo menos aqueles indivíduos que participam de grupos que possam manter planos de serviço jurídico — a perseguir seus direitos (379). Devemos, no entanto, estar atentos para não exegerar os prognósticos acerca desse modelo americano de prestação de serviços jurídicos em grupo. O Professor Mayhew escreveu recentemente que “devemos reservar-nos o direito de ser céticos quanto às possibilidades de realização desses programas, até que eles tenham sido cuidadosamente estudados” (380). O fato é que o seguro americano, apesar de suas limitações, tem demonstrado crescimento tanto no que diz respeito à ampliação das coberturas, quanto no

que tange a sua demanda. O sistema europeu, caracterizado por seguro, com £ms comerciais, num sistema de livre escolha do profissional, pode-se mostrar mais duradouro do que as experiências americanas, mais direcionadas no sentido da justiça social. Isso não quer dizer que o sistema europeu possa ou deva ser transferido para os Estados Unidos, mas apenas destaca a necessidade de não exagerarmos as realizações dos planos experimentais norte-americanos.

E — SIMPLIFICANDO O DIREITO

Nosso Direito é freqüentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível (381). Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico. Os exemplos mais destacados de uma solução simplificada são o movimento amplo em direção do divórcio “sem culpa”(382) e, pelo menos em certo número de lugares, o movimento pela responsabilidade civil objetiva (383). Padrões substantivos mudaram de modo a fazer com que indagações sobre culpa sejam dispensadas. Elas se tornaram irrelevantes para o desenlace da causa, trazendo como resultado a redução dos custos e da duração do litígio, além de diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais (384). Será suficiente mostrar as virtudes desse enfoque, citando uma pesquisa recente que cobriu os dois primeiros anos de funcionamento do bem conhecido plano pioneiro de responsabilidade objetiva por acidentes, posto em prática na Nova Zelândia. Segundo o Professor Geoffrey Palmer:

> A principal impressão que se tira da leitura das decisões é a de sua extrema simplicidade. Há poucos casos que não sejam resolvidos em duas ou três laudas datilografadas. A armadura completa do tipo de julgamento ao estilo Westminster foi abolida. Não existe mística nem encenação teatral a respeito da nova lei de acidenes. No entanto, muitas pessoas que não obtiveram qualquer resultado sob o velho sistema, estão sendo compensadas, e depressa. (385)

As vantagens da simplificação para determinado tipo de causas não precisam ser limitadas às de divórcio ou responsabilidade civil por acidentes. Na realidade, a simplificação pode ter relevância no que diz respeito aos direitos dos consumidores. Uma proposta interessante feita nos Estados Unidos foi a de se criar um “Departamento de Justiça Econômica”, que daria aos consumidores reparação automática nas causas muito pequenas contra os comerciantes, sem necessidade de prova do mérito dessas demandas (386). Oobjetivo seria o de evitar a despesa desproporcional com a investigação e decisão dessas causas, evitando-se o desvirtuamento ou a má-fé por parte do consumidor, através de um sistema de controle rápido e de sanções severas. De fato, o Professor Maurice Rosenberg, que propôs esse plano, sugeriu ainda que o Departamento pudesse agir — tal como o Ombudsman do Consumidor sueco — para proteger os direitos dos consumidores, enquanto classe (387).

Essa idéia pode ou não ser viável, mas certamente ela provoca reflexão e está recebendo atenção crescente (388). Na verdade, uma recente experiência holandesa a respeito de proteção ambiental adotou uma abordagem semelhante para a indenização por danos decorrentes da poluição aérea (389). Além

disso, essas idéias não precisam ser isoladas de outros enfoques (390). O que se deve salientar é que a criatividade e a experimentação ousada — até o limite de dispensar a produção de provas — caracterizam aquilo que chamamos de enfoque do acesso à justiça.

V

LIMITAÇÕES E RISCOS DO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA: UMA ADVERTÊNCIA FINAL

O surgimento em tantos países do “enfoque do acesso à justiça” é uma razão para que se encare com otimismo a capacidade de nossos sistemas jurídicos modernos em atender às necesssidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram posssibilidade de reivindicar seus direitos. Reformas sofisticadas e inter-relacionadas, tais como as que caracterizam o sistema sueco de proteção ao consumidor, revelam o grande potencial dessa abordagem. O potencial, no entanto, precisa ser traduzido em realidade, mas não é fácil vencer a oposição tradicional à inovação. É necessário enfatizar que, embora realizações notáveis já tenham sido alcançadas, ainda estamos apenas no começo. Muito trabalho resta a ser feito, para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados.

Ao saudar o surgimento de novas e ousadas reformas, não podemos ignorar seus riscos e limitações. Podemos ser céticos, por exemplo, a respeito do potencial das reformas tendentes ao acesso à justiça em sistemas sociais fundamentalmente injustos. É preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais. O Professor Branies, o relator chileno (atualmente exilado na Cidade do México), revela — parafraseando Bentham — que “falar de acesso aos tribunais” sob o atual governo, no Chile, é um absurdo, um pretensioso absurdo”. da mesma forma, para os muito pobres, ele observa que “o problema de acesso àjustiça é simplesmente irrelevante, uma vez que eles não têm demandas a propor e estão fora do sistema institucional, não importa quanto esse sistema seja ‘acessível’. Por isso, o acesso à justiça, no Chile, é mais um problema político e econômico do que institucional” (391).

Um aspecto igulamente óbvio — bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado — é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada “com sucesso”, uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso (392).Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação.

Também é necessário aos reformadores reconhecer que, a despeito do apelo óbvio da “especialização” e da criação de novas instituições, os sistemas jurídicos não podem introduzir órgãos e procedimentos especiais para todos os tipos de demandas. A primeira dificuldade séria é que as fronteiras de competência podem tornar-se confusas. Diz o relatório israelense do Projeto de Florença:

> Deveria ser muito fácil localizar o tribunal apropriado. Mas, freqüentemente, os limites da competência são difíceis de serem precisados. - . Em caso de dúvida — e a dúvida cresce com cada novo tipo de tribunal que é criado — o requerente tem de ser muito mais cuidadoso porque ele pode estar certo de que, qualquer que seja a sua escolha, o réu terá outro ponto de vista. De qualquer forma, muito tempo será perdido com essa preliminar, e a possibilidade de transferir a causa é uma compensação muito pequena. (393)

Sem dúvida, a proliferação de tribunais especializados pode, por si só, tornar-se uma barreira ao acesso efetivo, resultando naquilo que o relatório francês do Projeto de Florença denominou de “litigação parasitária” (394).

Um juiz especializado pode também tornar-se muito isolado, desenvolvendo perspectiva demasiado estreita. Como observa o relatório germânico, o juiz pode “perder de vista os aspectos e problemas que estejam fora de seu campo de atuação no Direito” (395). Além disso, existe sempre o perigo de que a “improvisação” com o procedimento terá efeitos sérios e indesejados (396). Como notamos, as reformas destinadas a eliminar uma ou outra barreira ao acesso, podem, ao mesmo tempo, fazer surgir outras.

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil — essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório (397). Embora esse perigo seja reduzido pelo fato de que a submissão a determinado mecanismo de solução dos litígios é facultativa tanto antes quanto depois do surgimento do conflito, e que os valores envolvidos são de certa forma flexíveis, é necessário reconhecer os problemas potenciais. Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo. Neste estudo, falamos de uma mudança na hierarquia dos valores no processo civil — de um desvio no sentido do valor da acessibilidade. No entanto, uma mudança na direção de um significado mais “social” da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a “vender nossa alma”.

Concluímos, portanto, por reconhecer que existem perigos em introduzir ou mesmo propor reformas imaginativas de acesso à justiça. Nosso sistema judiciário já foi descrito assim:

— “Por admirável que seja, ele é, a um só tempo, lento e caro. É um produto final de grande beleza, mas acarreta um imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento” (398).

Esse belo sistema é freqüentemente um luxo; ele tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas. A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários.O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido.

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso àjustiça. A finalidade não é fazer uma justiça "mais pobre", mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva — não apenas formal — é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior "beleza" — ou melhor qualidade — do que aquele de que dispomos atualmente.